

موجز تنظيم حق الملكيّة في القانون المدني الكويتي

دراسة مقارنة

دكتور
محمد شكري سرور
استاذ القانون المدني بكلية الحقوق
جامعة الكويت - وجامعة القاهرة

طبعة ثانية - ١٩٩٨



موجز تنظيم حق الملكيّة في القانون المدني الكويتي

دراسة مقارنة

دكتور
محمد شكري سرور
استاذ القانون المدني بكلية الحقوق
جامعة الكويت - وجامعة القاهرة

طبعة ثانية
١٩٩٨

حقوق الطبع محفوظة

الطبعة الأولى
١٤١٥هـ - ١٩٩٤م


بسم الله الرحمن الرحيم

خطـة الدراسـة:

عالـج المشرع الكـويتي حق الملكية ضمن القسم الثـاني من المجمـوعـة المـدنية المخصص للحقوق العينية، حيث يتوزع هذا القسم على كتابين: الأول في الحقوق العينية الأصلية، والثاني في الحقوق العينية التبعية (التأمينات العينية)، وحيث يتوزع الكتاب الأول على بابين: الأول في حق الملكية والثاني في الحقوق المتفرعة عن الملكية (وهي: حق الانتفاع، وحق الاستعمال وحق السكنى، وحقوق الارتفاق).

وعلى هذا يحتل حق الملكية، من المجموعة المدنية، الباب الأول من الكتاب الأول من القسم الثاني. المواد من ٨١٠ إلى ٩٤٣.

وإلى جانب هذه المواد يحيل المشرع في تنظيم حق الملكية إلى بعض النصوص الواردة في القوانين الخاصة، وهذه تخرج أصلا من نطاق دراستنا إلا ما نراه منها ضروريا.

وقد جرت عادة بعض المؤلفين على أن يضمنوا مؤلفاتهم في حق الملكية عرضا لوسائل حماية بعض أسباب كسبه. وتحديدا لوسائل حماية الحيازة، كدعاوي: استرداد الحيازة، ومنـع التعـرض، ووقف الأعـمال الجديدة. ولما كانت هذه الدعاوي تدخل ضمن برنـامج دراسة الطالب في مقرر قانون المرافعات، فلن يتسع لها هذا المؤلف الموجز، فضلا عن وجوب تحاشي التكرار.

• كذلك لا نجد فائدة جدية من الإغراق في دراسة حق الملكية من الزاوية الفلسفية والتاريخية، كما يحلو لبعض المؤلفين أن يسهب فيها، فهذا النوع من الدراسة لا يهم إلا المتخصصين فيه. وهو بالقطع بعيد عن اهتمام الطالب والمشتغلين بالقانون. وليس أكره إلى نفسي من أن أجد طالبي يشيح بوجهه عن بعض ما تضمنه كتابه الدراسي لعدم قناعته بجدواه في تحصيل أحكام موضوع دراسته.

إلى هذا فإن تنظيم حق الملكية في المجموعة المدنية، مفترض فيه أن هذا الحق ينصب على أشياء مادية. فتخـرج ـ من ثم ـ من إطار دراستنا الملكية الواردة على أشياء غير مادية: كالملكية الأدبية والفنية (حق المؤلف)، والملكية الصناعية (حق المخترع).

فإذا ما كان تحديد إطار الدراسة على هذا النحو، بقي أن نعرض لخطتها:

اعتمد المشرع ـ في تنظيمه لحق الملكية ـ منهجا يتمثل في: توزيع هذا التنظيم على فصلين: عرض في الأول لأحكام حق الملكية ووزعه على فرعين أحدهما في: نطاق حق

الملكية، والآخر في الملكية الشائعة.

أما الفصل الثاني فجعله لأسباب كسب الملكية ووزعه على ثلاثة فروع: الأول في كسب الملكية ابتداءً (فعرض فيه لـ: الإستيلاء)، والثاني في كسب الملكية ما بين الأحياء (فعرض فيه لـ: الإلتصاق، والتصرف القانوني، والشفعة، والحيازة) والثالث في كسب الملكية بسبب الوفاة (فعرض فيه لـ: الميراث والوصية)، مع ملاحظة أنه في السببين الأخيرين (الميراث والوصية) أحال فيهما إلى أحكام الشريعة الإسلامية والقوانين الصادرة في شأنهما.

ومن جانبنا، فلم نجد ما يدعونا لأن نلتزم، في هذا المؤلف، بهذا الترتيب. وإنما رأينا أن نعتمد خطة أخرى نعتقدها الأنسب إلى طبيعة المعالجة الدراسية.

وعليه، فسوف نوزع دراستنا لحق الملكية على بابين رئيسيين: الأول في أسباب كسب الملكية، والثاني في أحكام حق الملكية. على أن تسبقهما دراسة تمهيدية في: التعريف بحق الملكية وعناصره وخصائصه.

فأما الباب الأول فنعرض فيه لكل من: الإستيلاء، والإلتصاق، والشفعة، والحيازة، مخصصين لكل منها فصلا مستقلا، أما الباب الثاني، فنعرض في الفصل الأول منه لأحكام حق الملكية في التنظيم العام له، فيما نكرس الفصل الثاني للأحكام الخاصة بالملكية الشائعة.

تقسيم:

فصل تمهيدي: في التعريف بحق الملكية وعناصره وخصائصه.

الباب الأول: في أسباب كسب الملكية.

الفصل الأول: الإستيلاء.
الفصل الثاني: الإلتصاق.
الفصل الثالث: الشفعة.
الفصل الرابع: الحيازة.

الباب الثاني: أحكام حق الملكية.

الفصل الأول: أحكام حق الملكية في التنظيم العام له.
الفصل الثاني: الأحكام الخاصة بالملكية الشائعة.

فصـــل تمهيـــدي

عموميـــات

في التعريف بحق الملكية وعناصره، وخصائصه

تقسيـــم :

نوزع الدراسة في هذا الفصل على مبحثين، على النحو التالي :

المبحث الأول

في التعريف بحق الملكية وعناصره

تعريف حق الملكية :

١ ـ الملكية هي الحق العيني، الذي يخول صاحبه من السلطات، ما يمكّنه من الحصول على جميع منافع الشيء، وذلك باستعماله، واستغلاله والتصرف فيه[١،٢].

٢ ـ فإن كان ما ينتج عن الشيء كله من منافع، وما تباشر عليه من سلطات، لشخص واحد، أُطلق على الملكية في هذه الحالة (الملكية المفرزة). وهذه هي الصورة العادية للملكية. وذلك تمييزا لها عما يطلق عليه (الملكية الشائعة)، حين يجتمع على الشيء الواحد أكثر من حق ملكية، بحيث يكون لكل مالك من السلطات ما يمكّنه من الحصول على مجرد نسبة من كل منافع هذا الشيء[٣].

---

(١) لذلك ويختلط الحق ـ تقريبا ـ بالشيء نفسه الذي يرد عليه. هذا الشيء الذي يختلط ـ بدوره ـ بمالكه. ومن هنا جرى التعبير: شيئى أو ملكيتي، بدلا من التعبير: حق ملكيتي على هذا الشيء».

DABIN (jean): le droit subjectif. Paris 1952 p. 178.

(٢) ولا يكتفي البعض، في تعريف حق الملكية، بأن يحيط التعريف بجميع عناصر هذا الحق، وإنما يرى ضرورة أن يتضمن أيضا تبيانا لكل خصائصه. ولذلك، فهو يفضل تعريف الملكية بأنها: «حق الاستئثار بالاستعمال والإستغلال والتصرف، على وجه دائم، في الشيء الذي ترد عليه، في حدود القانون». أنظر: محمود جمال الدين زكي: الوجيز في الحقوق العينية الأصلية ١٩٧٨، ص٣٢، بند ١١.

(٣) أنظر: محمد شكري سرور: النظرية العامة للحق، ط ١٩٩٠، دار النهضة العربية، القاهرة، ص٥٠، بند ٤١.

عناصر حق الملكية (سلطات المالك):

٣ ـ بدا من التعريف السابق، أن حق الملكية يخول صاحبه من السلطات ما يمكّنه من الحصول على كل منافع الشيء المملوك. وتعبيرا عن هذا المعنى نصت المادة/ ٨١٠ مدني على أن «لمالك الشيء أن يستعمله وأن يستغله وأن يتصرف فيه، في حدود القانون».

فكـأن عنـاصر حق الملكية (أو سلطات المـالـك). ثلاث هي: الاستعمال، والاستغلال، والتصرف:

١ ـ الاستعمال: l'usage:

٤ ـ ويقصد به الحصول على منافع الشيء، دون ثماره، وذلك باستخدامه بحسب طبيعته، مع الإبقاء على جوهره. ومثاله: سكنى المنزل، أو ركوب السيارة... الخ.

وقولنا «دون ثماره» هو ما يميز الاستعمال عن الاستغلا ل، الذي هو القيام بالأعمال التي تؤدي إلى الحصول على ثمار الشيء، فإذا كان ركوب السيارة يعتبر استعمالا لها، فإن إدارتها كتاكسي يعتبر من قبيل الاستغلال.

وقولنا «مع الإبقاء على جوهر الشيء» هو ما يميز الاستعمال عن التصرف، الذي يؤدي إلى استهلاك الشيء، كليا أو جزئيا. ومتى كان ذلك، فإذا كان الشيء من الأشياء التي تستهلك بطبيعتها بمجرد أول استعمال لها (كالوقود مثلا) فيؤدي استعمالها بحسب ما أعدت له إلى استهلاكها، فإنه لا يصلح محلا للحقوق التي تخول صاحبها مجرد حق الاستعمال وحده.

٢ ـ الاستغلال la juissance:

٥ ـ ويقصد به ـ كما تقدم ـ القيام بالأعمال اللازمة للحصول على ثمار الشيء. ويقصد بالثمار، ما يغله الشيء في مواعيد دورية، دون أن يترتب على أخذه الإنتقاص مَن أصـل الشيء (كـأجـرة المنـزل مثـلا). وهي بهاتين الخاصيتين (الدورية، وعدم الإنتقاص من الأصل) تتميز عن المنتجات ذات الصفة غير الدورية والتي تنتقص من أصل الشيء (كالمعادن المستخرجة من المناجم).

ولا تظهر أهمية للتفرقة بين الثمار والمنتجات إلا إذا قرر المالك، لشخص آخر حقا

على الشيء يخوله سلطة استغلاله، فيكون له ثمار الشيء فقط دون منتجاته (كالحائز حسن النية). أما مالك الشيء، فبدهي أن من حقه الحصول على كل منافعه، ثمارا كانت أو منتجات.

٦ ـ والثمار، من ناحية أخرى، إما طبيعية: وهي ما ينتج عن الشيء بفعل الطبيعة وحدها (كنتاج المواشى)، أو مستحدثة: وهي ما ينتج عن الشيء بتدخل الإنسان (كمحصول الأرض الزراعية). والجامع بين هذين النوعين، أنهما ثمار غير نقدية، ويطلق عليها الثمار المادية. ولا يترتب على التفرقة بينهما نتائج قانونية.

ويقابل هذين النوعين من الثمار، أو الثمار المادية، ما يسمى بالثمار المدنية: ويقصد بها ما يغله الشيء من دخل نقدي يلتزم به الغير في مقابل استفادته من الشيء. (كأجرة الأرض).

وتبدو أهمية التفرقة بين الثمار المادية (طبيعية أو مستحدثة) والثمار المدنية، من حيث الوقت الذي تعتبر فيه الثمار مقبوضة، لإمكان إعمال القواعد التي تخول شخصا الحق فيها قبضه من ثمار. إذ تعتبر الثمار الطبيعية أو المستحدثة «مقبوضة يوم فصلها، أما الثمار المدنية فتعتبر مقبوضة يوما فيوما» (م ٢/٩٢٩).

تنـويـــه:

٧ ـ على أن حرصنا السابق على إبراز الضوابط التي تفرق بين سلطة الاستعمال وسلطة الاستغلال، لا ينفي إمكان تصور اختلاط السلطتين معا: فزراعة المالك لأرضه، مثلا: هي استعمال لها. غير أنها ـ من حيث تؤدي في ذات الوقت إلى حصوله على ثمارها ـ تكون كذلك استغلالا لها.

التصـرف la disposition:

٨ ـ ويقصد به ـ وفقا لتعبير البعض ـ «استخدام الشيء استخداما تنفد به مقوماته بصفة كلية أو جزئية، ويترتب عليه، من ثم، زوال كل أو بعض السلطات عليه، أو على الأقل تغييره»[1].

وعلى هذا التحديد، لا يكون لسلطة التصرف معنى واحدا، وإنما يختلف معناها

---

(١) محمود جمال الدين زكي، المرجع السابق، ص٣٣، بند ١٢.

حسب نوعه، وما إذا كان تصرفاً مادياً أو تصرفاً قانونياً.

فأما التصرف المادي فيقصد به التصرف في مادة الشيء نفسها بما يؤدي إلى إعدامها كلية أو جزئيا أو ـ بالأقل ـ التغيير فيها، كهدم منزل، أو تحويل الدقيق إلى خبز. . . الخ. فهو ـ من هذا ـ يشكل إذن مميزا هاماً لحق الملكية لا يتوافر في غيره من سائر الحقوق العينية الأصلية الأخرى، كحق الانتفاع، أو حق الاستعمال. . . الخ. فهذه الحقوق تخول صاحبها سلطة الإفادة من شيء مملوك للغير، على نحو يتفاوت مداه من حق إلى آخر، ولكن بشرط ـ في كل الأحوال ـ المحافظة على مادة الشيء لرده إلى صاحبه (المالك) بعد إنتهاء المدة المقررة لهذه الحقوق، وهي جميعا مؤقتة بطبيعتها.

أما التصرف القانوني، فيقصد به القيام بالأعمال القانونية التي قد تقضي على حق المالك كلية، كالهبة مثلا، أو تقيد مما له من سلطات على ما يملك، كالرهن. فهو ـ من هذا ـ سلطة ترد على حق المالك ذاته، لا على الشيء محل هذا الحق كما هو الحال في سلطة التصرف المادي[1]. ومن ثم، فلا نرى فيه، في واقع الأمر، إحدى خصوصيات حق الملكية، لأن صاحب أي حق آخر يمكنه أن يتصرف فيه بهذا المعنى.

٩ ـ وننوه هنا أيضا، إلى إمكان اختلاط الاستعمال بالتصرف. ويحدث ذلك ـ عادة ـ في إستعمال الأشياء القابلة للاستهلاك بطبيعتها، كالأطعمة والملابس وغيرها. إذ أن استعمال مثل هذه الأشياء يكون باستهلاكها، بما يؤدي إلى فنائها، فيعتبر هذا الاستعمال، من هذه الزاوية، تصرفاً كذلك فيها.

---

(١) في هذا المعنى: عبد المنعم فرج الصدة: الحقوق العينية الأصلية (دراسة في القانون اللبناني والقانون المصري) ط. ١٩٨٢، ص ٣٠، بند ٢١.

المبحث الثاني

خصائص حق الملكية

تعداد:

١٠ - وفي معرض تبيان خصائص حق الملكية، قيل بأنه حق جامع، مانع، مطلق، ودائم. على أن يلاحظ - قبل الخوض في تفاصيل هذه الخصائص - أن الفقه ليس يجمع على ثبوتها كلها لهذا الحق: فالبعض يرى ذلك، فيما لا يثبت الآخرون، له، إلا بعضاً من هذه الخصائص.

وحتى في معرض الخاصية الواحدة لا نجد الكلمة مجمعة على معنىً واحد لها، وإنما تتعدد المعاني المقصودة منها بحيث يتداخل - أحياناً - معنى بعض هذه الخصائص مع معنى خاصية أخرى.

ونعرض فيما يلي لهذه الخصائص، لنبين في النهاية - ما يصدق عليه أنه خاصية لحق الملكية تميزه عن سائر الحقوق الأخرى بالمعنى الدقيق.

١ - الملكية حق جامع total:

١١ - ذكرنا أنه بمقتضى المادة/ ٨١٠ يكون لما لك الشيء وحده - في حدود القانون - حق استعماله واستغلاله والتصرف فيه. ولما كانت هذه السلطات الثلاث (الإستعمال والإستغلال والتصرف) إنما تحيط بكل منافع الشيء، كان من الطبيعي أن توصف الملكية بأنها حق جامع[1].

ويظل هذا الوصف صحيحاً، ولو تقيدت سلطات المالك، أو حرم من بعضها مؤقتا نتيجة وجود حق لغيره على ذات الشيء. فمالك الشيء - على سبيل المثال - إذا رتب عليه حق انتفاع لغيره، فخوله بهذا الشكل سلطتي الاستعمال والاستغلال، لا يغير بذلك

(١) وتعبيرا عن هذا المعنى، جاء في حكم لمحكمة النقض المصرية أن: «حق الملكية يغاير في طبيعته وحكمه في القانون، حق الانتفاع. فحق الملكية هو جماع الحقوق العينية، إذ مالك العقار يكون له حق استعماله وحق استغلاله وحق التصرف فيه». نقض ١٩٨٧/١٢/٣ (منشور في قضاء النقض في الملكية لـ: السيد خلف محمد ط/١٩٨٩ رقم ٨، ص ٩).

من طبيعة حقه. وإنما يظل هذا الحق، ويسمى عندئذ بملكية الرقبة، مع وجود حق الانتفاع، حق ملكية، بدليل أنه يترتب على انقضاء هذا الحق المقرر للغير، وهو موقوت بطبيعته، أن يسترد المالك، بقوة القانون، سلطتي الاستعمال والاستغلال، ويعود حق الملكية إلى ما كان عليه، ولا يعتبر المالك قد اكتسب ملكية جديدة[1].

١٢ - ومقتضى كون الملكية حقا جامعاً، على هذا التحديد، أن يكون الأصل هو خلوها من أي تكليف لصالح الغير. وهذا الافتراض تقضي به، كذلك، القواعد العامة في الإثبات[2]. وعليه، فإن من يدعي عكس هذا الأصل، بمعنى وجود حق له على ملك غيره (كحق ارتفاق مثلاً) يكون عليه هو أن يقيم الدليل على ما يدعيه.

كما أن من مقتضاه أيضا - في نظر البعض - عدم إمكان مساءلة المالك عن عدم استعماله لملكه أو تركه استغلاله ولو أدى ذلك إلى تلفه، ولا مناقشته في كيفية استعماله أو طريقة استغلاله له[3]. فيما نعتقد - من جانبنا - أن هذه النتائج أقرب إلى أن تكون فرعا عن صفة أو خاصية الإطلاق في حق الملكية، منها إلى أن تكون فرعا عن صفته كحق جامع.

٢ - هل الملكية حق مانع (أو استئثاري)؟ Exclusif:

١٣ - لعل هذا ما قد يبدو من صياغة المادة/ ٨١٠ سابقة الذكر، حين تقصر مزايا ملكية الشيء على صاحبه، فتقرر أن لمالك الشيء . . . الخ[4]. الأمر الذي يمنع غير المالك من المشاركة في هذه المزايا. ويخول المالك منع هذا الغير من استعمال ملكه أو الإفادة منه ولو لم يعد عليه من ذلك ثمة ضرر[5].

---

(١) في هذا المعنى: إسماعيل غانم، الحقوق العينية الأصلية ج١، (حق الملكية)، ط ١٩٥٩، ص ٣٩، أحمد سلامة: الملكية الفردية في القانون المصري ١٩٧٠، ص ٦١.

(٢) أنظر: محمد شكري سرور، موجز أصول الاثبات في المواد المدنية والتجارية، دار الفكر العربي، القاهرة، ط ١٩٨٦، ص ٤٠، بند ٢٦.

(٣) أنظر: محمود جمال الدين زكي، المرجع السابق، ص ٣٣، بند ١٤ (نقلا عن أوبرى ورو).

(٤) وأكثر ظهورا منها، في هذا المعنى، نص المادة/ ٨٠٢ مدني مصري، التي تقضي بأن «لمالك الشيء، وحده. . . . الخ النص».

(٥) في هذا المعنى، الصدة، المرجع السابق، ص ١٧، بند ١٢، وانظر من تطبيقات القضاء الفرنسي له، الأحكام المشار إليها في: محمود جمال الدين زكي، ص ٣٤، ٣٥، بند ١٥ نقلا عن محمد كامل مرسي. وانظر في نفس المعنى كذلك: محمد علي حنبولة: الوظيفة الاجتماعية للملكية الخاصة، رسالة دكتوراه (حقوق عين شمس) ١٩٧٣، ص ٤٨٢، ٤٨٣، وهو يبرره بأن الأصل في الملكية أن تكون تامة وخالية من التكاليف أو الارتفاقات القانونية أو الاتفاقية، وبأن من غير المتصور أن يوجد حق ملكية تام وكامل وشامل، على نفس الشيء، لشخصين مختلفين، في آن واحد.

١٤ ـ وفي مصر، كان أريد في مشروع التقنين المدني[1]، وضع قيد على هذه الصفة، بعدم جواز أن يمنع المالك، الغير «من التدخل في انتفاعه بملكه متى كان هذا التدخل ضروريا لتوقى خطر داهم أشد كثيرا من الضرر الذي يصيبه من التدخل». وإنما يكون له، فقط، «أن يحصل على تعويض عما أصابه من الضرر». على أن هذا القيد ما لبث أن حذف في لجنة المراجعة، من حيث ما يؤدي إليه «من انتهاك حرمة ملك الغير» وما قد يخلقه «من مشاكل لا ضابط لها ولا تحمد عقباها». فضلا عن أن النتيجة العملية منه «تتحقق في الكثرة الغالبة من الأحوال دون حاجة إلى نص» «وأن في فكرة التعسف في استعمال الحق ما قد يغني عن أحكام هذه المادة في كثير من الفروض التي تقصر فيها المروءة عن قضاء حق الضرورة»[2].

١٥ ـ ومقتضى خاصية المنع أو الاستئثار هذه، على التحديد السابق، عدم إمكان أن يكون الشيء الواحد مملوكا ـ في ذات الوقت ـ ملكية كاملة لأكثر من شخص، لوقوع التعارض، عند استعمال كل منهم لمكنات حق ملكيته من استعمال واستغلال وتصرف[3]. وإذا جاز أن يكون الشيء مملوكا على الشيوع لعدة ملاك، كما سنرى، فإن كلا منهم لا يملك في الحقيقة الشيء كله، وإنما يملك حصة شائعة فيه. ونفس الأمر حين يتعدد المالكون للبناء، حيث تقتصر ملكية كل منهم على طبقة منه دون ملكية البناء بأكمله[4].

١٦ ـ ومن جانبنا، ومع التسليم بأن الملكية ترتب لصاحبها هذا الحق الاستئثاري، فنحن نعتقد ـ مع البعض[5] ـ أن هذه الصفة ليست من خصوصيات حق الملكية وحده، وإنما تصدق على جميع الحقوق الخاصة، إذ أن السلطات التي تخولها هذه الحقوق لأصحابها تثبت لصاحب الحق وحده.

وقد يقال، أن طبيعة حق الملكية تقتضي، حتى يمكن للمالك أن يتمتع بملكه، ألا

---

(١) في المادة ٨٧٦ منه.

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني المصري ج٦، ص٢٩، ٣٠.

(٣) (٤) راجع في هذا المعنى: عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني ج٨ (حق الملكية) ص٥٣٢، بند ٣٢٦، محمود جمال الدين زكي، المرجع السابق، ص٣٥، بند١٥.

(٥) أنظر أحمد سلامة، المرجع السابق، ص ٦٢ ، منصور مصطفى منصور، حق الملكية في القانون المدني المصري ١٩٦٥، ص١١، وقارن على العكس: الصده ص١٧، بند١٢، عبد المنعم البدراوي حق الملكية ص٢١، بند١٠. أما السنهوري فرغم اعترافه بأن قصر الملكية على المالك ليس خاصاً بحق الملكية وحده، إلا أنه بالنظر لكون حق الملكية هو «أوسع الحقوق نطاقا، فقصره على صاحبه يكون أبلغ أثرا، ص٥٣٢، بند٣٢٦.

يتقيد في ذلك بحق للغير، حين أن الحقوق العينية الأخرى تترك مجالا لإفادة آخرين غير أصحابها (فحق الانتفاع ـ مثلا ـ يتقيد بحق مالك الرقبة). غير أن هذا الاختلاف، من هذه الوجهة، بين حق الملكية وما عداه من الحقوق العينية الأخرى، ليس في الواقع إلّا نتيجة منطقية لكون حق المالك ـ كما سبق أن بينا ـ إنما يحيط بجميع مزايا الشيء، وهو ما أسميناه بالحق الجامع[1].

١٧ ـ ونشير ـ مع التحفظ السابق ـ إلى أن صفة الاستئثار تظل ثابتة لحق الملكية، حتى في حالة الملكية الشائعة، مفهومة هذه الصفة، في هذا الفرض، بالنظر لعلاقة المالكين المشتاعين (جميعهم) بالأغيار، أو بمن عداهم. فتعدد الملاك لا يخل ـ في واقع الأمر ـ بحقيقة أن الشيء يخصهم جميعا دون غيرهم، وأن لهم وحدهم الاستئثار به وبمزاياه، وبسلطة التصرف فيه[2].

٣ ـ هل الملكية حق مطلق؟ Absolu:

يجرى جانب كبير من الشراح على نعت الملكية بهذا الوصف، ولكنهم يختلفون فيما بينهم في مدلوله.

١٨ ـ فيقصد البعض به أن هذا الحق يخوّل صاحبه كل ما يمكن تصوره على الشيء من سلطات، فيكون له أن يستعمله وأن يستغله وأن يتصرف فيه[3].

---

(١) في هذا المعنى أيضا: منصور مصطفى منصور، ص٥٤، بند٤٦.

(٢) أنظر محمد شكري سرور، المرجع السابق ص٥٠، ٥١، بند٤١، وفي نفس المعنى أيضا: دابان، المرجع السابق، ص١٧٩، وعكس ذلك، وانتفاء صفة الحق كلية عن الملكية الشائعة، بمقولة أن كلا من الشركاء لم تعد له سلطة الاستئثار والتسلط على الشيء (حين أن هذه السلطة هي قوام الحق، أي حق)، مادام أنه يقتسم هذه مع شركائه. وبمقولة أيضا أن حق الملكية يفترض أن يكون لصاحبه أن يفعل بالشيء المملوك ما يريد، بما يستتبعه ذلك من ضرورة ألا تظهر على الشيء، سوى إرادة خاصة واحدة، وهو مالا يتوافر في حالة الملكية الشائعة حتى في حالة اتفاق الشركاء في الرأي:

DE VAREILLES - SOMMIERS De la copropriété R.C. 1907, p. 534 et s. no 11 et 12.

وراجع في نقد هذا التحليل: محمد شكري سرور، المرجع السابق، نفس الموضع.

(٣) في هذا المعنى:

MAZEAUD (H.L. et J) et CHABAS (F): leçons de droit civil. To 2, vol (Biens) 7 éd. 1989. Montchrestien, Par CHABAS p. 77 no. 1332.

بيدان، فوار ان مشار إليهما في منصور مصطفى منصور ص١٢ هامش١، محمد علي عرفة: شرح القانون المدني الجديد ج١ (حق الملكية) ١٩٥٤، ص٢٠٩، بند١٥٨، وضمناً: نقض مصري ١٩٨١/٦/١٣ (مجموعة خلف رقم٥، ص٨).

وواضح أن صفة الإطلاق، مفهومة بهذا المعنى، لا تعدو أن تكون تكراراً، بتعبير آخر، لوصف الملكية بأنها حق جامع.

١٩ - ويقصد البعض الآخر بهذا الوصف، أن حق الملكية يُحتج به على الكافة[١]، بمعنى أنه يكون واجب الاحترام من الجميع.

وواضح أن صفة الإطلاق، مفهومه بهذا المعنى، ورغم ثبوتها قطعا لحق الملكية، ليست في الحقيقة من خصوصيات هذا الحق. فجميع الحقوق سواء من هذه الوجهة. ولعل الحقوق العينية التبعية بالذات (كالرهن) تظهر فيها هذه الصفة بوضوح، من حيث ما تخوله لصاحبها من مزّية تتبعّ المال الذي تتقرر عليه، تحت أي يد يكون[٢].

٢٠ - أما الفقه التقليدي - متأثرا بأفكار فلاسفة الثورة الفرنسية - فكان يقصد بهذه الصفة أن لمالك الشيء حريته المطلقة في الانتفاع بما يملك على نحو ما يريد[٣]. أو كما عبرت المجموعة المدنية الفرنسية، في المادة/٥٤٤ منها، أن ينتفع بالشيء ويتصرف فيه «بطريقة مطلقة الى أبعد حد»[٤].

غير أن هذه الصفة بمعناها الأخير (والتي كانت أثرا لتعاليم المذهب الفردي) ما لبثت حتى فقدت هيبتها في العصر الحاضر تحت ضغط الحاجات الاجتماعية[٥]. بحيث أصبح من المألوف كثرة التدخل التشريعي بالقيود التي تحد من حرية المالك على ما يملك. وهو ما أفسح مجالاً لوصف جديد للملكية، بأنها حق ذو وظيفة اجتماعية[٦] [٧]

= وأنظر في نقد هذا التصور، من قبل شراح فلسفة القانون: في هذا المعنى:

BATIFFOL (h): Problèmes contemporaines de la notion de biens, Archives de philosophie de droit. 1979 To 24 p. 15 et 16. FAVOREAU (L) et PHILIP (L): les grandes décisions de conseil constitutionnel paris. Sirey 4 èd. 1986p. 70 et s. no. 7

(١) في هذا المعنى: BUFELAN-LANORE (Y): Droit civil 3 éd. 1977 p. 42.
البدراوي، المرجع السابق، ص٢٠ (وإن رأى حق الملكية يشترك في صفة الاطلاق، مفهومة بهذا المعنى، مع سائر الحقوق العينية الأخرى).

(٢) قرب: الصدة، ص٢٦، بند١٧.

(٣) في هذا المعنى: بودري لاكانتيزي وشوفو، مشار اليهما في منصور مصطفى منصور ص١٣، هامش٣، البدراوي ص٢٠، بند٩.

(٤) Le droit de jouir et disposer des maniere la plus absolue.

(٥) في هذا المعنى: شاباس (في مازو وشاباس)، المرجع السابق ص٧٥.

(٦) أنظر السنهوري ج٨، ص٥٥٣، البدراوي ص٢٠، بند٩، منصور مصطفى منصور ص١٥، أنور طلبة، الوسيط في القانون المدني ج٣ ١٩٨٨، ص٢٥.

(٧) بل وصفها البعض بأنها «وظيفة اجتماعية»، أنظر في هذا الوصف محمد علي عرفه، المرجع السابق ص١٩٩ =

يطلب إلى المالك القيام بها، ويحميه القانون مادام يعمل في الحدود المرسومة لها. وهو وصف بلغ من الأهمية في نظر المشرع الكويتي حتى أنه حرص على أن يضمنّه نصوص الدستور. فالمادة/١٦ تقضي بأن: «الملكية ورأس المال والعمل مقومات أساسية لكيان الدولة الاجتماعي وللثروة الوطنية. وهي جميعا حقوق فردية ذات وظيفة اجتماعية ينظمها القانون». وعلى نفس النسق، نصت المادة/٣٢ من الدستور المصري على أن: الملكية الخاصة تتمثل في رأس المال غير المستغل. وينظم القانون أداء وظيفتها الاجتماعية في خدمة الاقتصاد القومي، وفي إطار خدمة التنمية، دون انحراف أو استغلال. ولا يجوز أن تتعارض في طريقة استخدامها مع الخير العام للشعب[٢،١].

فإذا ما كان هذا التطور[٣]، وقلنا بأن الملكية، رغم كونها حقا فردياً إلا أنها تتصف بأن لها وظيفة اجتماعية، فإن هذا الوصف، بدوره، لا يعد من خصوصيات حق الملكية، إذ لكل حق من الحقوق الخاصة وظيفته الاجتماعية[٥،٤].

= وما بعدها بند ١٥٠، وانظر في التحفظ على وصف الملكية بأنها محض وظيفة اجتماعية، لما يتضمنه هذا الوصف بهذا المعنى من «إنكار لفكرة الحق ذاتها» منصور مصطفى منصور ص١٥، حنبولة رسالته السابقة ص ٤٥٧ وما بعدها.

(١) كما أعادت تأكيد نفس المعنى، المادة/٨٠٦ مدني مصري، حين أوجبت على المالك أن يراعي في استعمال حقه «ما تقضي به القوانين والمراسيم واللوائح المتعلقة بالمصلحة العامة أو بالمصلحة *الخاصة*». وقد جاء في حكم لمحكمة النقض تطبيقاً لذلك، أن الملكية «ليست حقا مطلقا لا حدّ له»، وأنه «حيث يتعارض حق الملكية مع مصلحة عامة، فالمصلحة العامة هي التي تقدم» في ١٩٨١/٦/١٣ (مجموعة خلف ٥ـ٨).

(٢) وهذا التحول، سمح لجانب من الفقه بأن يرتضي، أن يقرر المشرع إسقاط الملكية عن المالك إذا لم يستعمل ملكه مدة معينة، فعطل بذلك استغلال جزء من الثروة القومية أو على الأقل أن ينقل استغلال هذا الملك الى شخص آخر أو هيئة أخرى. وإمكان أن يفرض الشارع على المالك ـ في استعماله لملكه ـ التنظيم الذي يراه متفقا مع مصلحة الجماعة. أنظر: عبد الحي حجازي، مشار إليه في أحمد سلامة ص٨٣.

(٣) أنظر، في التطور التاريخي لحق الملكية:

MARTY (G.F) et RAYNAUD (P): Droit civil (les Biens) 2 éd SIREY 1980, par RAYNAUD (pp. 30-39 no. 32-37)

شاباس (في مازو) ص ١١ـ١٧ البنود من ١٢٩٦ـ١٣٠٤، السنهوري ج٨، ص٤٨١ـ٤٩١، البنود ٢٩٢ـ٢٩٥.

(٤) وانظر في وصف الملكية بأنها حق مطلق، في معنى أنه مقصور على صاحبه: شاباس (في مازو) ص٢٩، بند١٣٠٦، وهو ـ كما هو واضح ـ ترديد، بعبارات أخرى، لصفة المنع أو الاستئثار في حق الملكية.

(٥) وأنظر: في مفهوم فريد تقريبا، لصفة الإطلاق في حق الملكية:

ATIAS (christien): Droit civil (les biens), 2éd Litec. 1991, p. 72-74, no. 53.

حيث يرى أن الملكية حق مطلق، مفهوما، هذا الوصف، بثلاثة معان: فهي حق مطلق، أولا، لأن الملكية ليست عنصرا في حق آخر. وهي حق مطلق، ثانيا، لأنها حق دائم، من حيث كونها النظام الطبيعي، أو حالة التوازن القانوني، للأموال».

٤ ـ هل الملكية حق دائم؟ Perpétuel:

كثيرا ما توصف الملكية كذلك بأنها حق دائم[١]، وإن كان الشراح يستخدمون هذا الوصف بمدلولات مختلفة. ويجمع بعضهم في استخدامه، أحيانا، بين أكثر من مدلول.

٢١ ـ أ. فيقصد البعض بالدوام، أن حق الملكية ذاته، ولو تغير شخص المالك، إنما يبقى ما بقي الشيء، ولا يزول إلا بهلاكه[٢]. ولا يقدح في هذه الصفة أن تنتقل الملكية من شخص إلى آخر، لأنه رغم هذا الانتقال يظل الحق باقيا على الشيء. فالذي يتغير عندئذ هو، فقط، شخص المالك. «فالملاك يتتابعون في كسب *ملكية الشيء*، دون أن تتخلّل ذلك فترة يكون فيها الشيء بلا مالك»[٣].

وقد فرعوا على صفة الدوام في حق الملكية، مفهومة بهذا المعنى، نتيجتين: الأولى، عدم إمكان توقيت الملكية بمدة معينة تنقضي، بعدها، *نهائيا*، دون أن *تثبت* لشخص ما. والثانية، عدم زوال حق المالك إذا تخلى عن الشيء بنية النزول عن ملكيته، ما لم يكتسب هذه الملكية شخص آخر.

(est le régime normal, l'etat d'équilibre juridique des biens).

وهي حق مطلق، ثالثا. لأنها الحق العيني الأكمل (le plus complet)

وقد فرع على ذلك، أن الملكية فكرة عامة، لا يتوقف تعريفها على الظروف. فهي لا تختلف في معناها من مالك لآخر، ولا من شيء لشيء آخر. فالملكية، ولو من حيث المبدأ، يمكن أن ترد على كل الأشياء كما أن الملكية هي الملكية بالنسبة للجميع: أغنياء أو فقراء، ضعفاء أو أقوياء، أشخاصا طبيعين أو أشخاصا معنويين. ومن نفس الرأى، في المعنى الثاني له، سابق الاشارة، أنظر أيضا:

BANDRAC (M): la nature juridique de la prescription extinctive en matière civile. Paris éd. Economica. 1986. p.124-131 no 124 ets.

(١) بل يؤكد البعض أن هذه الصفة مما ينفرد به حق الملكية دون بقية الحقوق، أنظر: أتياس (كريستيان)، المرجع السابق ص٧٦، بند٥٥، محمود جمال الدين زكي ص٣٦، بند١٦.

(٢) أنظر: من الفقه الفرنسي: BUFFELAN - LANORE (Y): Droit civil. 3èd. 1977 p.47
شاباس (في مازو) ص٩٤، بند١٣٤٨، مارتي ورينو ص٥٧، بند٥٠، ومن الفقه العربي: السنهوري ج٨، ص٥٣٤، ٥٣٥، بند٣٢٨، الصدة ص١٩، بند١٤، محمود جمال الدين زكي ص٣٦، بند١٧، البدراوي ص٢٢، بند١١.

(٣) شاباس (في مازو) ص٩٥، بند ١٣٤٨، الصدة ص١٩، بند١٤، بل قيل ـ في هذا المعنى ـ أنه: «بانتقال الملكية نفسه تتأبد الملكية».

(la propriété se perpétue en se transmettant)

قول منسوب لـ: بيدان وفواران أشار اليهما السنهوري ص٥٣٤ وهامش ١.

ويتأسس هذا الرأى على وجوب التفرقة بين الوجود المادي أو الفعلي للشيء ووجوده القانوني. فطالما ظل هذا الشيء سائبا مباحا فلا وجود له إلا من الناحية الفعلية. أما وجوده القانوني فرهن بثبوت حق ملكية عليه. فإذا ما اكتسب هذا الوجود، دبت فيه الحياة القانونية، وبقي استمرار وجوده القانوني رهنا ببقاء حق الملكية عليه. ولا يزول هذا الحق بدوره إلاّ بهلاك الشيء، إذ لا يصح ـ عند أنصار هذا الاتجاه ـ أن يعود الشيء سائبا مباحا بعد أن دخل الحياة القانونية.

غير أن هذا التصوير، وإن سندته النصوص في خصوص العقارات[1] إنما يناقضه في حقيقة الأمر، نص المادة ٨٧٦/ ١ مدني، حين تقضى بأنه «يصبح المنقول مباحاً، إذا تخلى عنه مالكه بنية النزول عن ملكيته». وهو ما يفهم منه أن المشرع يتصور إمكان أن يعود الشيء المنقول سائبا مباحا بعد أن كان مملوكا[2]. لكن أنصار هذا التصوير يدفعون هذا النقد بأن هذه الحالة تعد استثناء من صفة الدوام في حق الملكية بالمعنى الذي يرون[3].

٢٢ ـ ب ـ أما البعض الآخر، فيقصد بهذا الوصف، أن الملكية ـ على العكس من الحقوق العينية الأصلية الأخرى ـ لا تسقط بعدم الاستعمال[4]. فمهما طالت المدة التي لا يستعمل فيها المالك حقه، لاتزول عنه ملكيته، وإن أمكن أن يكتسبها شخص آخر بطريق التقادم المكسب، إن توافرت شروطه[5].

وهم يبررون هذه التفرقة بين حق الملكية وما عداه من الحقوق العينية الأصلية

---

(١) راجع في الخلاف حول مدى جواز التخلي عن ملكية العقار: السنهوري ج٨، بند٣٣٠، الصدة بند١٣.

(٢) أنظر في هذا المعنى: اسماعيل غانم ص٣٣، منصور مصطفى منصور ص١٨.

(٣) أنظر: شاباس (في مازو) ص٩٥، بند١٣٤٨، الصدة ص٢٠، بند١٤، محمود جمال الدين زكي ص٣٧، بند١٧.

(٤) (٥) أنظر: من الفقه والقضاء الفرنسيين:

باندراك (م)، المرجع السابق ص١٢٤ وما بعدها بند١٢٤، شاباس (في مازو) ص٧٦ (الملخص)، ص٩٥ وما بعدها بند١٣٤٩، بيفلان ـ لاتور، المرجع السابق ص٤٢،

Cass (Ass. plénière) 23/6/1972 D 1972 - 705 et concl. LINDON j.c.p 1973 – 2–17331 et note GOUBEAUX et JEGOUZO, G.P 1977-2-579 et note CABANAC (j), R.T 1973–147 et obs. BREDIN.

ومن الفقه والقضاء العربي:

السنهوري ص٥٣٦، بند٣٣٠، الصدة ص/٢١، بند/١٥، محمود جمال الدين زكي ص/٣٨، بند/١٨، البدراوي ص/٢٢، ٢٣، بند/١١، نقض مصري ١٢/٥/١٩٧٠ (مجموعة خلف ١٠٧٩-٤١٦)، ٢٩/١/١٩٨٠ (مجموعة خلف ٤-٨).

الأخرى، وهي التفرقة التي تسندها نصوص المجموعة المدنية، بأن هذه الطائفة الأخيرة من الحقوق، إنما تحد من سلطات المالك. الأمر الذي يبرر سقوطها بعدم الاستعمال حتى تعود للمالك سلطاته كاملة على الشيء. أما سقوط حق المالك بعدم الاستعمال فلا مبرر له، مادام أن أحدا لن يستفيد من هذا السقوط[1].

غير أن هذا التبرير، لا يروق لبعض آخر من الشراح، يراه أثرا من آثار صفة الإطلاق التي كانت تتصف بها الملكية في ظل المذهب الفردي، ولا يتفق ومصلحة الجماعة، التي تقتضي إسقاط الملكية بعدم الاستعمال، الذي لا يحرم المالك وحده من منافع الشيء وإنما يحرم منها المجتمع كله[2]. ويفضل - ونفضل معه - لو قرر المشرع سقوط الملكية بعدم الاستعمال، على أن تؤول بعد سقوطها للدولة[3].

فإذا ما أمكن تصور مثل هذا التقرير، أمكن القول بأن صفة الدوام، - بمعنى عدم سقوط الملكية بعدم الاستعمال - لا ترجع إلى طبيعة حق الملكية ذاته، وإنما تستند إلى تنظيم تشريعي يمكن تغييره.

٢٣ - ج - وأخيرا، يرى جانب آخر من الشراح أن الملكية حق دائم، تعبيرا عن أن هذا الحق لا يقبل التوقيت بطبيعته[4]، وذلك لما يخوله صاحبه من سلطة التصرف في الشيء ولو بإعدامه، الأمر الذي لا يتصور معه إمكان الاتفاق على نقل الملكية لشخص ما لمدة مؤقتة، تؤول بعد انتهائها للمالك الأصلي. لأن هذه الأيلولة قد يحول دونها حق المالك المؤقت في إعدام الشي بما له من حق التصرف فيه بموجب ملكيته[5] بينما لا يرى

---

(١) في هذا المعنى السنهوري ص/٥٣٧ في الهامش، الصدة ص/٢١، بند/١٥.

(٢) أو كما يقول مارتي ورينو، عن عدم الاستعمال هذا، أنه:

contraire à la fin sociale,de la propriété et nuisable «à la utilité commune qu'elle doit satisfaire».

مارتي ورينو، المرجع السابق ص/٥٦، بند/٤٩، وفي نفس المعنى: الصدة ص/٢٢، بند/١٥، ودى باج وديكرز مشار اليها فيه هامش ٢.

(٣) وفي بعض القوانين الخاصة في مصر، ما يتجه هذا الاتجاه. فقانون الإصلاح الزراعي، مثلا يقضي بإسقاط حق الملكية إذا ما أهمل من وزعت عليه الأرض ولم يقم ببذل العناية الواجبة في زراعتها (إذ يجوز في هذه الحالة إلغاء القرار الصادر بتوزيع الأرض عليه واستردادها منه، ما لم تكن قد مضت خمس سنوات على إبرام العقد النهائي)، مادة/١٤-٣ من قانون الإصلاح الزراعي، معدل بقانون ٥٥٤ لسنة ١٩٥٥.

(٤) شاباس (في مازو) ص/٩٤ وما بعدها بند/١٣٤٨، السنهوري ص/٥٣٩ وما بعدها بند/٣٣١، البدراوي ص/٢٣، بند/١١، محمود جمال الدين زكي ص ٣٩، ٤٠، بند/١٩، شفيق شحاته: النظرية العامة للحق العيني ١٩٥١ ص/١٠١، جميل الشرقاوي: دروس في الحقوق العينية الأصلية (الكتاب ١ في حق الملكية) ط/١٩٧١، ص٢٧ وما بعدها، وعكس ذلك: أتياس (كريستيان) ص/٧٦، بند/٥٥.

(٥) أنظر الفقه المشار إليه في الهامش السابق.

البعض الآخر في طبيعة حق الملكية ما يحول دون توقيته بمدة معينة، بحيث إذا انقضت هذه المدة ولم يباشر المالك المؤقت سلطته في التصرف المادي، آلت الملكية إلى المالك الأصلي. وهم يرون في بعض نصوص المجموعة المدنية ما يؤيد مثل هذا الاستخلاص.

فالمادة/١٠٣٨مدني مصري، المقابلة للمادة/٩٧٨مدني كويتي، تقضي، مثلا بأنه «يجوز لمالك المباني القائمة على أرض الغير، أن يرهنها. وفي هذه الحالة يكون للدائن المرتهن حق التقدم في استيفاء الدين من ثمن الأنقاض إذا هدمت المباني، ومن التعويض الذي يدفعه مالك الأرض إذا استبقى المباني وفقا لأحكام الالتصاق»[١]. ويفيد هذا النص أن المباني إذا آلت إلى مالك الأرض فإنها تؤول إليه خالية من الرهن، وهو مالا يستقيم إلا بالتسليم بأن الرهن قد نشأ ابتداء على ملكية مؤقتة[٢].

الخلاصـــــة:

٢٤ ـ وهكـذا يبدو من كل ما تقدم، أن الخاصية الوحيدة التي حظيت بإجماع الشراح، من بين ما قيل من خصائص حق الملكية، هي أنها حق جامع.

---

(١) أما نص المادة/٩٧٨ مدني كويتي فيجري على النحو التالي: «يجوز لمالك المباني القائمة على أرض الغير أن يرهنها رهنا رسميا، وفي هذه الحالة يكون للدائن المرتهن حق التقدم في استيفاء الدين من ثمن الأنقاض إذا هدمت المباني ومن التعويض الذي يدفعه مالك الأرض إن استبقى المباني».

(٢) أنظر: اسماعيل غانم ص/٣٨، بند/٢٠، الصدة ص/٢٣، بند/١٦، منصور مصطفى منصور ص/٢٦، أحمد سلامة ص/٧٤، ومن الفقه الفرنسي: أتياس (كريستيان) ص/٧٦، بند/٥٥.

الباب الأول

أسباب كسب الملكية

تعداد أسباب كسب الملكية في التقنين المدني[1] ، وتحديد إطار الدراسة :

٢٥ ـ فضلا عن التصرف القانوني، تتعدد الأسباب التي يمكن أن تؤدي إلى كسب الملكية. ويمكن تصنيف هذه الأسباب في طوائف ثلاث :

فمنها ما يؤدي إلى كسب الملكية ابتداء، أي دون أن تنتقل من مالك سابق، وهو الاستيلاء. ومنها ما يكسب الملكية عن طريق انتقالها بين الأحياء، وهو الالتصاق، والشفعة، والحيازة. ومنها أخيرا، ما يكسب الملكية انتقالا بسبب الوفاة، وهو الميراث والوصية[2].

وقد التزم المشرع الكويتي هذا التصنيف عند معالجته لأسباب كسب الملكية في المواد من ٨٥٧ ـ ٩٤٣، واضعـا التصرف القانوني (بطبيعة الحال) ضمن الأسباب المؤدية لكسب الملكية انتقالا بين الأحياء.

وبديهي أن لا محل ـ في هذا المؤلف ـ للوقوف بدراسة مستقلة عند التصرف القانوني كسبب ممكن لكسب الملكية. فهو سبب ممكن لإنشاء أو نقل الحق ليس يخص حق الملكية دون سواه وإنما يمكن أن يكسب أي حق عيني آخر.

وانطلاقا من هذه الحقيقة، فإن المشرع نفسه، عندما أورده ضمن أسباب كسب الملكية، اكتفى (في المواد القليلة التي خصصها له وهي المواد من ٨٨٨ ـ ٨٩٠) بتقرير مبدأ إمكان انتقال الملكية به، شأن الملكية في هذا شأن أي حق عيني آخر، مشترطا لذلك أن يكون المتصرف هو صاحب الحق المتصرف فيه[3]. ليحدد بعد ذلك وقت هذا الانتقـال، مفرقا فيه بحسب ما إذا كان المتصرف فيه منقولا أم عقارا، وفي الفرض

---

(١) يلاحظ أن من الأسباب التي يمكن أن تؤدي إلى كسب الملكية، ماورد تنظيمه خارج إطار التقنين المدني. من ذلك أحكام رسو المزاد في البيوع الجبرية، المنظمة ضمن تقنين المرافعات

(٢) وجاء في حكم لمحكمة النقض في مصر، أن «أسباب كسب الملكية حددها القانون على سبيل الحصر» أنظر نقض ١٩٨٦/٥/١٥ (مجموعة خلف ١٥٣ ـ ٦٩) وفي نفس المعنى: نقض ١٩٨٠/٦/٢٦ (مجموعة خلف ١٧٣-٧٥)، وفي الحكم الأخير أضافت إلى: الاستيلاء والميراث والوصية والعقد والشفعة والتقادم المكسب، أحكام رسو المزاد في البيوع الجبرية.

(٣) فتقضي المادة/٨٨٨ بأنه: «تنتقل الملكية، كما تنتقل أو تنشأ الحقوق العينية الأخرى، في المنقول والعقار، بالتصرف القانوني، إذا كان المتصرف هو صاحب الحق المتصرف فيه، وذلك مع مراعاة أحكام المادتين التاليتين».

الأول، بين ما إذا كان المنقول معينا بذاته أو معينا بنوعه[1]. وكل هذه أمور سبق للطالب دراستها في النظرية العامة للعقد، ثم عاد لدراستها ضمن دراسته لعقد البيع.

وأما عن الميراث، فقد أحال المشرع هو نفسه، فيه، إلى أحكام الشريعة الإسلامية والقوانين الصادرة في شأنها[2] ومن ثم فسوف يخرج بدوره من إطار الدراسة في هذا المؤلف.

ونفس الأمر في الوصية، فقد شملتها بدورها الإحالة إلى نفس المواضع[3]. فقط، حرص المشرع فيها، على تقرير قرينتين، من شأنهما اعتبار التصرف المؤدي إلى كسب الملكية وصية، إلى أن يقوم الدليل على العكس. ويكون - من ثم - انتقال الملكية إلى المتصرف إليه، في حالتي هاتين القرينتين، في حدود وبشروط ما يصح الإيصاء به.

وإحدى هاتين القرينتين خاصة بتصرف الشخص في مرض موته. وفكرة مرض الموت هذه من أفكار الشريعة الإسلامية، ويسهب في تفاصيلها المتخصصون من شراحها. فنحيل - من ثم - فيها إلى مؤلفاتهم، مكتفين بإثبات النص المنظم لهذه القرينة في التقنين المدني، وهو يجري على النحو التالي:

(١) كل تصرف قانوني يصدر من شخص في مرض الموت بقصد التبرع، يعتبر تصرفا مضافا إلى ما بعد الموت، وتسرى عليه أحكام الوصية.

(٢) وعلى ورثة المتصرف أن يثبتوا أن التصرف تم من المورث وهو في مرض الموت، ولهم إثبات ذلك بجميع الطرق.

(٣) وإذا أثبت الورثة أن التصرف صدر من مورثهم في مرض الموت، اعتبر التصرف صادرا على سبيل التبرع، ما لم يثبت العكس (مادة/٩٤٢).

أما القرينة الثانية، المنصوص عليها بالمادة/٩٤٣ فهي من الموضوعات التي يهتم بها فقه القانون المدني. وهي تعالج عادة في المؤلفات الخاصة بعقد البيع، من حيث يغلب

---

(١) فتقضي المادة/٨٨٩ بأنه:

١ - إذا كان المتصرف فيه منقولا معينا بذاته، انتقل الحق أو نشأ فور إبرام التصرف.

٢ - إذا كان المنقول معينا بنوعه فلا ينتقل الحق أو ينشأ إلا بإفرازه.

٣ - كل ما سبق ما لم ينص القانون أو يقضي الاتفاق بخلافه.

وتقضي المادة/ ٨٩٠ بأنه: «إذا كان المتصرف فيه عقارا فلا تنتقل الحقوق العينية أو تنشأ إلا بمراعاة أحكام قانون التسجيل العقاري».

(٢) فتقضي المادة/ ٩٤٠ بأن «تعيين الورثة وتحديد أنصبائهم في الإرث وانتقال أموال التركة إليهم تسرى عليها أحكام الشريعة الإسلامية والقوانين الصادرة في شأنها».

(٣) فتقضي المادة/٩٤١ بأنه: «تسري على الوصية أحكام الشريعة الإسلامية والقوانين الصادرة في شأنها».

أن يتخذ التصرف الذي يعتبره المشرع في حكم الوصية، صورة عقد بيع. وقد سبق للطالب دراسة هذه القرينة، فنكتفي بإثبات نص المادة ٩٤٣/ ٣ عليها، وهو يجري على النحو التالي: «إذا تصرف شخص لأحد ورثته، واحتفظ بأية طريقة كانت بحيازة العين التي تصرف فيها وبحقه في الانتفاع بها مدى حياته اعتبر التصرف مضافا إلى ما بعد الموت، وتسرى عليه أحكام الوصية، مالم يقم دليل يخالف ذلك».

تقسيـــــم:

وهكــذا تنحصر دراستنــا في هذا البـاب في كل من: الاستيلاء، والالتصـاق، والشفعة، والحيازة.

ونخصص لكل من هذه الأسباب، فصلا مستقلا.

الفصل الأول

الاستيلاء ـ Occupation [1]

نص قانوني:

تنص المادة/٨٧٥ مدني على أن: «من حاز منقولا مباحا بنية تملكه، ملكه». ويقابلها، في مصر، نص المادة/٨٧٠ التي تقضي بأن «من وضع يده على منقول لا مالك له بنية تملكه، ملكه».

التعريف بالاستيلاء، وتمييزه عن غيره، والنطاق الذي يعمل فيه:

٢٦ ـ يظهر من النصين السابقين أن الاستيلاء ـ كسبب لكسب الملكية، هو حيازة شيء مباح، بنية تملكه. أو هو بعبارة أكثر تفصيلا، وضع اليد أو السيطرة الفعلية على شيء لا مالك له بقصد تملكه.

٢٧ ـ وهو، على هذا النحو، يختلف عن الحيازة[2] في أنه يرد على شيء غير مملوك لأحد: إما لأنه ـ من أصله ـ مباح، أو لأنه أصبح كذلك بعد زوال الملكية عليه. فيما ترد الحيازة كسبب لكسب الملكية أو كمجرد قرينة على الملك، على مال مملوك للغير، سواء أكان الحائز يعرف ذلك، أم كان يعتقد ـ على خلاف الحقيقة ـ أنه صاحب الحق في هذا المال.

وورود الاستيلاء على ما ليس مملوكا، يجعل منه سببا لكسب الملكية في الحال، دون حاجة لاستمرار وضع اليد على الشيء المستولى عليه مدة معينة. ولذات السبب فإنه لا يرد إلا على المنقولات، دون العقارات. فالأولى وحدها هي التي يمكن أن تكون بغير

---

(١) أنظر في تنظيم الاستيلاء كسبب للملكية في القانون الفرنسي: رينو (في مارتي ورينو) ص/٨١٧ـ٥٢٠، البنود/٤١٥، ٤١٦، شاباس (في مازو وشاباس) ص/٢٨٩ وما بعدها بند/١٥٧٩، ١٥٨٠، أتياس (كريستيان) ص/١٨٤ وما بعدها بند/١٥٦.

(٢) قارن: محمد لبيب شنب، موجز في الحقوق العينية الأصلية (بدون سنة نشر) ص/١٥٤، بند/١٥٦ (حيث يعتبره صورة من صور الحيازة المكسبة للملكية فورا) وأنظر أيضا: أتياس (كريستيان حيث يرى فيه «صورة مصغرة للحيازة» ص/١٨٥، بند/١٥٦.

مالك. أما الثانية فإنها لا يمكن أبدا، في ضوء التنظيم القانوني الحالي، إلا أن تكون مملوكة. إذ تقضي المادة/٨٧٨ بأن «كل عقار لا مالك له يكون ملكا للدولة[١]» فضلا عن صراحة نص المادة/٨٧٥ في قصر التملك بالاستيلاء على المنقولات.

وفي هذا فارق مهم آخر، في النطاق، بين الاستيلاء والحيازة. فالأخيرة، كسبب لكسب الملكية أو كقرينة على الملك، ترد على كل من المنقول والعقار، على ما سنراه في موضع لاحق.

عنصــــرا الاستيلاء:

٢٨ ـ ويظهر من نص المادة/٨٧٥، أن الاستيلاء كسبب لكسب الملكية، يقوم في عنصرين: عنصر مادي وهو الحيازة، وعنصر معنوي، وهو نية التملك. وتوافر هذين العنصرين يكفي لكسب الملكية بالاستيلاء، في الحال، دون حاجة لأي عنصر آخر. وتحديدا فإنه لا يلزم هنا ماقد يستلزمه القانون أحيانا لإمكان كسب الملكية بالحيازة pos-sesion من ضرورة توافر حسن النية والسبب الصحيح، كما سنرى في حينه. وأساس ذلك أن الشيء الذي يرد عليه الاستيلاء هو، كما قلنا، منقول لا مالك له. فتملكه لا يتضمن سلبا لملكية الغير[٢].

٢٩ ـ ويقوم العنصر المادي، قوام الاستيلاء، في إحراز المنقول، أي في الاستحواز الفعلي عليه استحوازا يجعله تحت السيطرة المادية الفعلية لمحرزه. ويتفرع على ذلك أن الاستيلاء كسبب للملكية، يكون مقصورا بالضرورة على الأشياء المادية دون الأشياء المعنوية. فالأولى وحدها هي التي تقبل الاستحواز على التحديد السابق.

على أن يلاحظ أن الحق المعنوي يختلف عن الشيء المادي الذي قد يخرج إلى الحياة متجسدا فيه: كمقطوعة موسيقية تطبع على اسطوانة أو رواية أدبية تطبع في كتاب ... الخ. ومن ثم فليس ما يمنع من تصور إمكان كسب ملكية الشيء المادي الذي تجسد فيه الحق المعنوي، بالاستيلاء عليه، إذا كان هو نفسه غير مملوك لأحد لحظة

---

(١) والأمر لا يختلف عن ذلك في القانون المصري بدوره. وتحديدا بعد إلغاء الفقرة الثالثة من المادة/٨٧٤ مدني مصري (بالقانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٦٤)، تلك التي كانت تنظم نوعا من الاستيلاء على العقار (الأرض) لا يكفي فيه مجرد وضع اليد بنية التملك، بل كان من الواجب أن يكون مصحوبا بتعمير هذه الأرض: بزرعها أو غرسها أو البناء عليها.

(٢) في هذا المعنى: عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد ج/٩ (أسباب كسب الملكية) ص/١٧، بند/٦.

الاستحواز عليه، لكون مالكه مثلا قد تخلى عن ملكيته. لكن، يبقى الحق المعنوي، في هذه الحالة، خارج نطاق الاستيلاء لايطاله. وبالتالي لا يكون من حق من تملك الاسطوانة أو نسخة الكتاب، بالاستيلاء، أن يعيد استنساخها دون إذن المؤلف.

٣٠ ـ أما العنصر المعنوي، فقوامه نية التملك التي يجب أن تكون متوافرة لدى محرز المنقول حتى يمكن القول بأنه قد تملكه بالاستيلاء عليه.

فلو التقط ـ على سبيل المثال ـ شخص شيئا ملقى في الطريق بدافع الفضول، ولما تأمله زهد فيه فألقى به إلى الطريق ثانية، فإنه لا يكون قد تملكه في أي لحظة، ولا خلال الفترة التي استحوز عليه فيها، لأنه لم يكن لديه إذ ذاك نية تملكه[1].

لكننا لا نعتقد في دقة ما يقول به البعض[2]، تأكيدا على معنى ضرورة توافر نية التملك لدى محرز الشيء، من أن الإحراز الذي يتم «من قبيل الصدفة» ينتفي معه الاستيلاء[3]. فذلك قد يحمل على الاعتقاد بأن نية التملك لا تتوافر أبدا إلا إذا كان الإحراز مدبرا. وهذا غير صحيح. فليس ما يمنع ـ في اعتقادنا ـ أن تتوافر نية التملك لدى الحائز ولو كان الشيء قد وقع في حوزته بالمصادفة البحتة، مادام أنه قد استحسن هذه المصادفة فقبض على الشيء بقصد تملكه. كطير برى أنهكه طول السفر فسقط في دار شخص فالتقطة بنية تملكه، مهنئا نفسه بحسن حظه.

٣١ ـ ولما كانت نية التملك واجبة، على ما قدمناه، فإن عديم التمييز كالمجنون، والصبي غير المميز، لا يستطيع أن يتملك منقولا بالاستيلاء، لانعدام نية التملك المترتب على انعدام التمييز.

٣٢ ـ هذا وفي الأعم الأغلب، تكون الظروف المحيطة بالاستحواز على المنقول، ناطقة في معنى توافر نية التملك لدى محرزه. والأمر، في النهاية، على كل حال، لتقدير قاضي الموضوع وفق ظروف كل حالة.

---

(١) أنظر: السنهوري الوسيط، الموضع السابق.

(٢) (٣) أنظر: إبراهيم الدسوقي أبو الليل، الحقوق العينية الأصلية ج/٢ (أسباب كسب الملكية) مطبوعات جامعة الكويت ١٩٩١، ص/١٤، بند/٥.

فـــروض التملك بالاستيـــلاء

ملاحظـــة أوليـــة:

٣٣ - ورد في المذكرة الإيضاحية تعليقا على المادة/٨٧٥ (واستحسنه كذلك بعض الشراح)[1]، أن المشرع آثر مصطلح، «منقولا مباحا» على عبارة «منقول لا مالك له» التي استخدمها المشرع المصري في النص المقابل.

وبررت ذلك، بأن كون المنقول لامالك له لا يكفي حتى يصبح مباحا يتملكه من يحوزه. ودعمت هذا التبرير بالمسلك الذي اتبعه القانون الألماني في معالجة نفس الموضوع. فهو (أي القانون الألماني) بعد إذ وضع القاعدة في أن من يحوز منقولا لامالك له بنية تملكه يصبح مالكا له، أضاف أن الملكية لا تكتسب إذا كان التملك ممنوعا بحكم القانون أو كانت الحيازة قد تمت بالمخالفة لحق الغير في التملك. فرأى المشرع (الكويتي) في تعبير «منقول مباح، الذي أخذه من الفقه الإسلامي - ما يغني عن هذين القيدين».

٣٤ - وواقع الأمر، أن القيدين سابقي الإشارة مفهومان، حتى مع الصياغة التي استخدمها المشرع المصري:

فالتعبير «لامالك له» يفيد تقييد الاستيلاء بضرورة ألا يتم بالمخالفة لحق الغير في التملك.

أما تقييد الاستيلاء بضرورة ألا يكون كسب الملكية به ممنوعا بحكم القانون، فليس من لزوم للتعبير عنه في النص، لا بعبارة صريحة ولا بلفظ يدل عليه. إذ هو مفهوم من النص بالضرورة. لأن المفروض في أسباب كسب الملكية جميعا، ومنها الاستيلاء، أنها شرعت طريقا لكسب ملك يجيزه القانون لا يحظره. وإلا فما بال المشرع لم يضمنّ بقية النصوص المنظمة لأسباب كسب الملكية الأخرى تلك اللفظة السحرية المعبرة عن هذا القيد مادام ذلك ضروريا.

وهكذا، فنحن لا نرى كبير فرق، في حقيقة الأمر بين التعبير في هذا الموضع

---

(١) أنظر: إبراهيم الدسوقي أبو الليل ص/١٨-١٩، بند/٩.

بـ«المنقول المباح» أو المنقول الذي «لامالك له».

٣٥ ـ فإذا ما كان ذلك، وعدنا إلى موضوعنا، قلنا أن المنقول المباح أو غير المملوك الذي يمكن أن يكون محلا للاستيلاء، يعرض، عملا في الفرضين التاليين:

أ ـ منقولات لم يسبق لأحد تملكها:

٣٦ ـ ويدخل في هذا النوع من المنقولات، الأشياء المشتركة، كالهواء، ومياه الأنهار، أو البحار. فهي وإن كانت بحسب طبيعتها من المباحات، إلا أن من يستولى على كمية منها، بأن يستأثر بحيازتها بنية تملكها، يتملكها فور الاستيلاء.

٣٧ ـ كذلك يدخل في عداد هذا النوع من المنقولات، الحيوانات والطيور غير الأليفة مادامت طليقة (م/٨٧٦-٢) وكذلك الأسماك في البحار أو الأنهار. والاستيلاء على هذه الأشياء يكون باصطيادها. ويكفي فيه أن تصبح في حالة تعجز معها عن الفرار. فيمتلكها صائدها على الفور حتى ولو لم تقع في حوزته بالفعل مادام بإمكانه أن يحوزها. كما لو وقع الصيد مثلا في أرض الغير[1]. أو وقع السمك في شبكة الصائد ولو لم يخلصه منها.

٣٨ ـ ومفهوم من هذا أن صيد البحر (أو النهر) يتم في مياه عامة. أما الأسماك التي تستزرع في مزارع سمكية خاصة بغرض تكاثرها، أو بوجه عام التي توجد في مياه خاصة[2] كالترع أو المساقي الخاصة أو مزارع الأرز في بعض البلاد، فإنها تكون ـ بداهة ـ مملوكة لمالك المزرعة أو الترعة أو المسقاة، فلا يرد ـ من ثم ـ الاستيلاء عليها. ويكون صيدها بدون إذن صاحبها من قبيل السرقة.

أما إن توافر الشرط السابق (وهو عمومية المياه)، فإن الصائد يتملك نتاج الصيد ولو قام بهذا الأخير بالمخالفة للوائح المنظمة له. فهذه اللوائح لا تتناول ـ في الواقع ـ إلا تنظيم رخصة الصيد، أو بعبارة أخرى، تنظيم ممارسة الصيد، لا ملكية صيد البحر أو النهر التي تظل خاضعة للقانون المدني[3].

---

(١) أنظر من تطبيقات القضاء الفرنسي: crim 25/3/1922 D 1922-1-214

(٢) أنظر في هذا المعنى:

WEILL (A) et TERRÉ (F) et SIMLER (ph) Droit civil, les biens, 3éd Dalloz 1985 p 372 No. 430, GOUBEAUX obs. jcp 1974-2-176.

(٣) في هذا المعنى: محمود جمال الدين زكي ص/٢٦٦، بند/١٤٦.

فقد جرت العادة ـ مثلا ـ في الكويت على أن تحظر السلطات المختصة صيد الروبيان خلال فترة زمنية محددة من كل سنة بهدف الحفاظ على تكاثره. كما أنها ـ في الفترات المسموح بالصيد فيها تحدد شروطا تنظم عملية الصيد، كتلك التي تتعلق بأماكنه الجائزة وبمواصفات الشباك. . . الخ. فإذا قام شخص بعملية الصيد خلال فترة المنع أو الحظر، أو بالمخالفة للشروط، تملك بالاستيلاء ما اصطاده وإن كان يتعرض للجزاءات المقررة لمخالفة اللوائح المنظمة، والتي قد يكون من بينها مصادرة ما اصطاده[1].

٣٩ ـ وفي صيد البر، عادة ما لا يكون هناك من مشكلة، إذ الفرض في هذا النوع من الصيد أنه يتم ـ في الغالب ـ في أماكن عامة ومن ثم على حيوانات أو طيور غير مملوكة لأحد: كصيد الغزلان في الصحارى أو الطيور في الهواء.

لكن قد يحدث أن تكون هناك براري خاصة أو غابات خاصة. عندئذ يكون حق الصيد في هذه الأماكن مقصورا على مالكها، بحسابه يدخل ضمن السلطات التي يخولها له حق ملكيته للمكان. إنما، إذا صاد الغير حيوانا بريا أو طيرا بريا من هذه الأماكن، ولو بدون إذن صاحبها، فإنه يتملك بالاستيلاء ما اصطاده، لأن الصيد وقع ـ حتى في هذا الفرض ـ على حيوان أو طير غير مملوك لأحد (وإن أوى إلى مكان مملوك). كل ما في الأمر أن الصياد قد يتعرض للحكم عليه بالتعويض في مواجهة مالك الأرض إن كان أصابه ضرر من جراء ذلك.

ب ـ منقولات أصبحت لا مالك لها:

٤٠ ـ ويدخل في هذا النوع من المنقولات، الحيوانات والطيور غير الأليفة التي تم إحرازها فأصبحت مملوكة للحائز ثم عادت طليقة ولم يتبعها المالك فورا أو كفّ عن تتبعها. وكذلك ماروِّض منها وألف الرجوع إلى المكان المخصص له ثم فقد هذه العادة مادام طليقا وكف صاحبه عن تتبعه (م/٨٧٦ـ٣).

٤١ ـ كما يدخل في هذا النوع أيضا، الأشياء «المتروكة» وهي المنقولات التي كانت مملوكة، ثم تخلى عنها المالك بقصد النزول عن ملكيتها. فالمنقول، أي منقول، «يصبح. . مباحا، إذا تخلى عنه مالكه بنية النزول عن ملكيته» (م/٨٧٦ـ١).

وفي الغالب الأعم، تكون هذه الأشياء من المنقولات قليلة القيمة. إنما يلزم في كل

---

(١) وتقضي المادة/٨٧٩ مدني بأن «الحق في صيد البر والبحر. . . و. . . و. . . تنظمه تشريعات خاصة».

الأحـوال أن تكـون لدى مالكهـا «النية الحقيقية في تركهـا»[1] وهـذه مسـألـة يمكن استخلاصها من ظروف الحال[2].

٤٢ ـ على أن هناك عدة ملاحظات يجب مراعاتها:

١ ـ أن الأشياء المتروكة، إذا كانت تتضمن مصنفات فكرية، فإن الترك لا يرد إلا على الشيء المادي الذي تجسد فيه هذا المصنف. فإذا استولى أحد الأشخاص على هذا الشيء كسب ملكيتـه بالاستيلاء. لكن هذا الأخير لا يطال حق المؤلف في المصنف الفكـري. فلو أن مؤلف رواية، مثلا، وجد أن إحدى نسخها أصبحت بشكل غير لائق، فقـام بتمـزيقهـا وألقى بها إلى سلة المهملات، فلا يكون لمن استولى على ما بالسلة، أن يقوم بتجميع أجزاء الرواية الممزقة ونشرها لحسابه[3].

٢ ـ أن نية التخلي عن الشيء المتروك بقصد النزول عن ملكيته، *ليس يلزم منها* دائـما، أن يصبـح الشيء مباحا يجوز لأي شخص أن يتملكه بالاستيلاء عليه. فقد يتضح من الظروف أن نية المتخلي اتجهت إلى عكس *ذلك تماما*، بمعنى *أنه إن كان* يقصد التخلص من الشيء، هذا صحيح، إلا أنه لم يقصد أبدا أن يتملكه غيره. كأن يمزق أحد الأشخاص *أوراق تحتوى أسرار شخصيه جدا يحرص على عدم علم الغير* بها. لذلك فإنه يلزم في حالة الترك، وإلى جانب ثبوت اتجاه نية التارك الى التخلي عن ملكية الشيء المـتروك، أن يكـون هذا التخـلي غير مقترن بالرغبة في عدم تملكه من أحد[4]. وهذه مسألة واقع، يستظهرها قاضي الموضوع، في ضوء ظروف كل حالة.

٣ ـ أنه يجوز لمالك الشيء الأصلي، الذي سبق أن فقد ملكيته له بتركه، أن يعود فيستولى عليه من جديد، إذا لم يكن أحد قد استولى عليه من قبل. وعند ذلك، فإنه

---

(١) في هذا المعنى: رينو (في مارتي ورينو) ص/٥٢٠، بند/٤١٥.

(٢) أنظر في تطبيق ـ مشكوك في صحته ـ لهذه الحالة، حكم:

Colmar 13/12/1951 – 1952 _ 132

حيث كان الأمر يتعلق بانقاض هدم يخص السكك الحديدية.

(٣) أنظر من تطبيقات القضاء الفرنسي، في هذا المعنى:

Tr. civ Seine 15/11/1927 D.1928-2-8 et note NAST; et S 1928-2-137 et note CHAVEGRIN, Paris 6/3/1931 D 1931-2-88 et note NAST

(٤) قرب من هذا المعنى: السنهوري ج/٩، ص/٢٥، بند/١٠ (حيث يفهم *العنصر المعنوي في الترك بأنه* نية التخلي عن الشيء «وتركه ليستولي عليه أول إنسان يعثر عليه فيحوزه».

يملكه مرة أخرى، ولكن بسبب جديد هو الاستيلاء[1].

* * * *

٤٣ ـ غير أن الأشياء المتروكة، تختلف عن الأشياء الضائعة أو المفقودة، والتي لا يمكن أن تكون محلا للاستيلاء. وذلك بداهة لأن فقد الشيء لا يتضمن معنى التخلي عن ملكيته. ومن ثم يبقى هذا الشيء مملوكا لمالكه ولو كان قد خرج عن حيازته. بل على العكس، عادة ما توجب التشريعات المقارنة، على من يعثر على شيء ضائع أن يتخذ من الإجراءات ما يمكّن من إعادة هذا الشيء إلى مالكه بما لا يتسع المقام لعرضه[2،3]. أكثر من ذلك ينظم القانونان المدنيان الكويتي والمصري (الأول: بالمادة ٩٣٩، والثاني بالمادة/٩٧٧) حق مالك المنقول (أو السند لحامله)، أو صاحب الحق العيني عليه، إذا فقده (أو سُرِق منه) في أن يسترده، حتى ممن يكون قد حازه بسبب صحيح وحسن نية، ولكن خلال مدة معينة وبشروط معينة سنجد المناسبة لعرضها في موضع لاحق[4].

٤٤ ـ على أن يلاحظ، أنه إذا كان المعيار في التفرقة بين الأشياء المتروكة والأشياء المفقودة، يقوم ـ كما بدا مما تقدم ـ في نية التخلي عن ملكية الشيء، تلك النية التي تتوافر بالنسبة للأولى فيجوز من ثم أن تكون محلا للاستيلاء دون الثانية، إلا أن المشرع قد خرج عن هذا المعيار في خصوص الحيوانات غير الأليفة التي أصبحت مملوكة بالاستيلاء

---

(١) في هذا المعنى: السنهوري ج/٩، ص/٢٦، بند/١٠.

(٢) ففي مصر، وبموجب الأمر العالي الصادر في ١٨ مايو ١٨٩٨ يجب على كل من يعثر على شيء أو حيوان ضائع، ولم يتيسر له رده إلى صاحبه في الحال، أن يسلمه أو يبلغ عنه إلى أقرب نقطة للبوليس في المدن في ظرف ثلاثة أيام، أو إلى العمد في القرى في ظرف ثمانية أيام، والا حكم عليه بغرامة. وإذا احتفظ بالشيء أو الحيوان بنية تملكه يعتبر سارقا. أما إذا قام بواجب التسليم فيستحق مكافأة قدرها عشر قيمة الشيء. وإذا لم يطلب المالك الشيء خلال سنة، أو لم يطلب الحيوان خلال عشرة أيام، فتبيع الادارة الشيء أو الحيوان بالمزاد. وإذا كان الشيء قابلا للتلف جاز بيعه في ميعاد أقصر يعينه المحافظ أو المدير. ويبقى الثمن محفوظا على ذمة المالك مدة ثلاث سنوات. فإذا طلبه خلال هذه المدة سلم إليه بعد خصم مصروفات الحفظ والبيع ومكافأة من عثر على الشيء أو الحيوان. فإذا مضت الثلاث سنوات دون أن يتقدم لطلبه فيضاف باقي الثمن إلى أموال الدولة.

وفي الكويت تقضي المادة/٨٧٩ مدني بأن «الحق في اللقطة تنظمه تشريعات خاصة».

(٣) وتنص المادة/٢١٨ من قانون الجزاء الكويتي على أنه: «يعد سارقا من يلتقط شيئا مفقودا بنيّة امتلاكه، سواء توافرت لديه هذه النية وقت الالتقاط أو بعد ذلك».

(٤) أنظر لاحقا بند/٢٩٩ وما بعده.

عليها، على ما بيناه. فهذه الحيوانات، إذا عادت طليقة، ولو كان ذلك ضد رغبة من تملكها فإنها تصبح مباحة، مادام أنه لم يتبعها فورا أو كف عن تتبعها. ونفس الأمر فيما يتعلق بما روض من الحيوانات وألف الرجوع إلى المكان المخصص له، إذ يعود فيصبح مباحا إذا فقد هذه العادة، ولو كان ذلك بالفرض ضد رغبة صاحبه، مادام طليقا وكف صاحبه عن تتبعه.

الأحكـــام الخاصـــة بالكنوز والآثار

أ ـ الكنـــز le trésor:

٤٥ ـ يعرف الكنز بأنه المنقول المدفون أو المخبوء، والذي لا يعرف له مالك. فيجب ـ من ناحية ـ أن يكون منقولا، لأن العقارت المدفونة في الأرض ـ ما لم تكن من قبيل الآثار ـ تعد جزءا من هذه الأرض ولا يصدق عليها وصف الكنوز. ويجب ـ من ناحية أخرى ـ أن يكون هذا المنقول مدفونا أو مخبوءا، لأن المنقول الثمين، الذي لا يعرف له مالك، والذي يوجد في مكان ظاهر، إنما يعتبر في الواقع من قبيل الأشياء الضائعة ويسري عليه حكمها. كما يوجب القانون الفرنسي ـ من جهة ثالثة ـ أن يكون هذا المنقول «معثورا عليه بمحض الصدفة» (م/٧١٦/٢ مدني فرنسي).

والغالب أن يكون الكنز مدفونا في عقار. بل إن هذا هو ما تصوره المشرع المصرى عن الكنز في المادة/٨٧٢[1].

لكن جانبا كبيرا من الشراح يرون ـ بالرغم من حرفية النص ـ أن وصف الكنز يصدق كذلك على المخبوء في منقول، كما لو أخفيت مثلا أوراق نقد في صفحات كتاب[2]. وهذا التوسع تستجيب له الصياغة العامة التي اعتمدها المشرع الكويتي في المادة/٨٧٧.

وحيث يصح هذا التفسير الموسع، يجب التنبيه، مع ذلك، إلى أنه، إذا كان مالك

---

(١) حيث تقضي بأن الكنز يكون: لمالك العقار الذي وجد فيه.. أو لمالك رقبته.

(٢) من هذا الاتجاه: محمود جمال الدين زكي ص/٢٧١، ٢٧٢، بند/١٤٨، البدراوي ص/٣١٣، بند/٢١٩: الصدة ص/٢٩٧، بند/١٩٥، أنور طلبه ص/١٥٧° ومن الفقه الفرنسي: رينو (في مارتي ورينو) ص/٥٢١، بند/٤١٦، شاباس (في مازو) ص/٢٩١، بند/١٥٨٢، وفي القضاء الفرنسي:
Tr. Toul 15/10/1947 G. P 1947-2-247
وقارن مع ذلك، عبد الفتاح عبد الباقي. دروس الأموال ١٩٥٦ بند/١٩٩.

المنقـول المخبـوء به الكنز غير مالك العقار الذي يوجد فيه هذا المنقول، فإن الذي يستحق أربعة أخماس الكنز، على ما سنرى فيما بعد، يكون هو مالك المنقول وليس مالك العقار.

٤٦ ـ وقد نظمت ملكية الكنز في بعض القوانين[1]، كالقانون المدني المصري، على نحو يتضح منه أن أساس هذه الملكية ليس هو الاستيلاء، لأنها لم تجعل الكنز ملكا لمن يعثر عليه ويحوزه بنية تملكه، وإنما جعلته لمالك العقار الذي وجد فيه أو لمالك رقبة هذا العقار إن كان تقرر عليه حق انتفاع للغير[2][3]. ويصدق نفس التحليل على من يستحق في الكنـز أربعة أخماسه، في القانون الكويتي، حيث تقضي المادة/٨٧٧ بأن: «الكنز المـدفـون أو المخبـوء الـذي لايستـطيع أحـد أن يثبت ملكيتـه له، يكـون خمسـة لمن يعثر عليه[4]، والباقي لمالك الشيء الذي وجد فيه الكنز، أو لمالك رقبته، أو للواقف أو ورثته إذا كان الشيء الذي وجد فيه موقوفا. . ».

ويظهر من هذا، أن الاستيلاء، في الكنز لا يؤسس، في القانون الكويتي، إلا ملكية الخمس فيه لمن عثر عليه.

٤٧ ـ لكن التساؤل والحال كذلك، يظل قائما عن أساس ملكية الأخماس الأربعة في الكنز، المقررة لمالك الشيء الذي وجد فيه، أو لمن هو في حكم المالك على النحو المبين بالمادة/٨٧٧ . ونفس التساؤل يطرح من باب أولى في القانون المصري، حيث ملكية الكنز كلها ليست لمن عثر عليه وإنما لمالك العقار الذي وجد فيه أو لمن في حكم

---

(١) راجع في اكتشاف الكنوز وآثاره القانونية، في القانون الفرنسي:
JACQUEY; De 1' invention des trésores Thèse Lille 1912.

(٢) مادة ٨٧٢ مدني مصري، وهي تقضي بأن:
«١ ـ الكنز المدفون أو المخبوء الذي لا يستطيع أحد أن يثبت ملكيته له، يكون لمالك العقار الذي وجد فيه الكنز أو لمالك رقبته».
٢ ـ والكنز الذي يعثر عليه في عين موقوفة يكون ملكا خالصا للواقف ولورثته.

(٣) وقيل في تبرير عدم خضوع الكنز لأحكام الاستيلاء، أنه «لا يعتبر شيئا متروكا، ولا شيئا لم يكن مملوكا أصلا، فقد كان له مالك، «ولم يثبت أن هذا المالك قد تخلى عن ملكيته، بل الظاهر أنه كان حريصا عليه عندما دفنه أو خبأه» أنظر السنهوري ج/٩، ص/٢٨ـ٢٩، بند/١١، وفي نفس المعنى: محمود جمال الدين زكي ص/٢٧٢، بند/١٤٨.

(٤) ويكفي لاعتبار الشخص قد عثر على الكنز «أن يكون قد اكتشفه ولا يلزم أن يقع في حوزته» أنظر رينو (في مارتي ورينو) ص/٥٢٣، بند/٤١٦ ومن تطبيقات القضاء الفرنسي في نفس المعنى:
Rennes 9/1/1951 D 1951-443.

هذا المالك.

في نظر بعض الشراح، تنهض هذه الملكية على أساس من اعتبار الكنز من ملحقات الشيء الذي وجد فيه أو من توابعه[1]. وهو تحليل منتقد، بحق، فالكنز لا يصدق عليه وصف الملحقات، وإلا لامتد إليه حق المنتفع إذا كان الشيء الذي عثر عليه فيه قد تقرر عليه حق انتفاع للغير، حين أن النصوص، سواء في الكويت أو في مصر، صريحة في أن أربعة أخماس الكنز (أو الكنز كله في مصر) تكون في مثل هذا الفرض لمالك الرقبة[2]. لذلك، رأى البعض الآخر، أنه لا أساس للحكم الوارد في المادة/٨٧٢ مصري (أو المادة ٨٧٧ كويتي) إلا ما رآه المشرع من أن مالك العقار (أو الشيء) الذي وجد به الكنز (ومن في حكم هذا المالك)، هو أحق الناس به (أو بأربعة أخماسه) مادام لا يعرف مالكه الأصلي[3].

٤٨ ـ وكنا، ومن قبل وضع التقنين المدني الكويتي، قد سبق أن نادينا في مصر، بأن العدالة تقتضي أن يجعل المشرع لمن يعثر على الكنز نصيبا فيه[4]. وهذا هو الحل الذي أخذ به القانون الكويتي. بل إن بعض القوانين المقارنة، أكثر سخاء مع من عثر على الكنز من القانون الكويتي. كالقانون الفرنسي، إذ بموجب المادة/٧١٦ـ١ منه يكون لمن يعثر على الكنز نسبة النصف فيه.

٤٩ ـ ونحن لا نوافق، في حقيقة الأمر، على التبريرات التي ساقها الأستاذ السنهوري، دفاعا عن الحل الذي اعتمده المشرع المصري عندما أغفل جانب من عثر على الكنز كلية ولم يجعل له أي نصيب فيه. فهو يقول أن: من عثر على الكنز، إما أن يكون قد عثر عليه مصادفة، أو بناء على تكليف المالك إياه بالبحث. فإن كانت الأولى «فليس له فضل في العثور عليه ولا يستحق شيئا من أجل ذلك»، وإن كانت الثانية «فهو إنما كان يعمل لحساب المالك، ومن ثم لا يكون له حق في الكنز، والمالك يجزيه طبقا لما عسى أن يكون قد تم بينهما من اتفاق، أو يرجع هو على المالك بدعوى الإثراء بلا سبب»[5].

---

(١) أنظر، من هذا الاتجاه: محمد علي عرفه، شرح القانون المدني الجديد ج/٢ (أسباب كسب الملكية) ١٩٥٥، بند/١٨، شفيق شحاته، المرجع السابق بند/٢٠٥، البدراوي ص/٣١٤، بند/٢٢٠، ومن الفقه الفرنسي: بيدان، وفواران، وكولان وكابيتان ودي لا موراندير، مشار إليهم في الصدة ص/٢٩٨، هامش/٢.

(٢) (٣) أنظر: الصدة ص/٢٩٨، بند/١٩٥، إسماعيل غانم ص/٤٨/٤٧، جميل الشرقاوي ص/٢٨٦.

(٤) أنظر: محمد شكري سرور، دروس في حق الملكية (على الآلة الكاتبة)، محاضرات ألقيت على طلبة كلية الحقوق فرع جامعة القاهرة بالخرطوم سنة ٧٥ ـ ١٩٧٦ ص/٤٠.

(٥) السنهوري ج/٩، ص/٣٠،٣١، بند/١١.

ويبدو أن أستاذنا ـ في الوجه الأول من تبريراته على الأخص ـ قد فاته ـ أن الفرض في الكنز، أن ملكيته لم تثبت أصلاً لأحد، ولا لمالك الشيء الذي وجد فيه. فيكون ـ من ثم ـ وجوده في أرض هذا المالك بالذات من قبيل المصادفة أيضا، وليس له من فضل في وجوده فيها.

٥٠ ـ وأيا ما كان الأمر، فإن الوجه الثاني من تبريرات الأستاذ السنهوري يجرنا إلى تساؤل عن الحكم فيها لو كان الكنز قد عثر عليه عدة أشخاص في إطار نشاط كانوا يقومون به لحساب غيرهم؟، كعدد من العمال يعثرون على كنز خلال تنفيذ مقاولة هدم أو حفر أو رفع أنقاض مبنى.

في الإجابة على هذا التساؤل، نعتقد أن هناك فرضاً لا يثير صعوبة، وهو فرض ما إذا كان هؤلاء مكلفين بنشاط الهدف منه أصلاً هو البحث عن الأشياء التي يمكن أن تكون مخبوءة. ففي هذا الفرض هم يعملون لحساب من كلفهم (كالمقاول)، فيكون هذا الأخير هو الذي عثر على الكنز بواسطتهم، فيكون له هو الخمس كاملاً لا يشاركونه فيه[١]. أما إن كانوا قد عثروا على الكنز خلال أعمال لم يكن الهدف من تكليفهم بها أصلاً هو البحث عن مثله، فالحل يدعو للتردد[٢]. وفيه، قضت بعض المحاكم في فرنسا بأن المقاول يكون هو، حتى في هذه الحالة، الذي عثر على الكنز[٣]. فيما رأت محاكم أخرى أن العمال هم الذين يعتبرون قد عثروا عليه[٤،٥].

ب ـ الآثار (إحالة) :les épaves

٥١ ـ أما الآثار، من عقارات أو منقولات، فإنها لا تعتبر كنوزاً[٦]، ولا تخضع لأحكام الاستيلاء، وإنما تنظمها قوانين خاصة تخرج من إطار هذه الدراسة. وفي هذا

---

(١) من هذا الرأي: شاباس (في مازو وشاباس) ص/٢٩٢، بند/١٥٨٤، كما أخذت به محكمة استئناف باريس، أنظر:

Paris 9/11/1948 j.c.p 1949-2-4976 et note CARBONNIER.

(٢) وقد تردد فيه أيضا، شاباس، الموضع المشار إليه في الهامش السابق.

(٣) أنظر: Tr. civ villefranche - sur - saone 11/2/1954 G.P 1954-1-401

(٤) أنظر: Tr. civ. seine 1/6/1949 D 1949-350 et note RIPERT

(٥) لمزيد من التفاصيل في اكتشاف الكنوز راجع: جاكي، رسالة ليل ١٩١٢ سابقة الاشارة.

(٦) لمزيد من التفاصيل في التفرقة بين الكنز والأثر، راجع:

MALABARD: la notion d'épave, Thèse Paris 1939.

رينو (في مارتي ورينو)، ص/٥٢٤، بند/٤١٧، وفي التفرقة بين الأثر والأشياء المفقودة، راجع: شاباس (في مازو) ص/٢٩٣ وما بعدها بند/١٥٨٦.

المعنى، تقضى المادة/ ٨٧٩ مدني بأن: «الحق في . . . و . . . والأشياء الأثرية . . . تنظمه قوانين خاصة». وهي، في هذه الإحالة، تشير إلى قانون الآثار الصادر بالمرسوم الأميري رقم ١١ لسنة ١٩٦٠. وقد اعتبرت المادة/ ٥ من هذا المرسوم، الآثار، من أملاك الدولة العامة.

وفي دولة فتية، يكون من الطبيعي أن ينظر إلى القدم في تحديد مفهوم ما يعتبر أثرا، نظرة تختلف عن نظرة الدول التي تضرب بجذورها في الحضارة الإنسانية البالغة القدم.

وهكذا تكتفي المادة/ ٣ من قانون الآثار سابق الإشارة في تحديدها للأثر بأنه «كل ما صنعه الإنسان أو أنتجه قبل أربعين سنة ميلادية»[1].

وقد ألزم القانون المذكور كل من يكتشف أثرا منقولا أو يعثر عليه بطريق الصدفة أن يخبر بذلك الوزارة المختصة بشئون الآثار، خلال ٤٨ ساعة. وللجهة الإدارية أن تقرر ما إذا كانت تود الاحتفاظ بالأثر، حين يتعين عليها في هذه الحالة أن تدفع لمن اكتشفه مكافأة نقدية مناسبة، أو أن تقرر تركه في حيازته.

---

(١) أما في مصر، فيعتبر أثرا ـ وفقا للقانون رقم ٢١٥ لسنة ١٩٥١.

«١ ـ كل عقار أو منقول أظهرته أو أحدثته الفنون والعلوم والآداب والأديان والأخلاق وغيرها في عصر ما قبل التاريخ وفي العصور التالية إلى نهاية عصر إسماعيل».

٢ ـ كل عقار أو منقول يكتشف في مصر لحضارة أجنبية كان لها اتصال مباشر بمصر في عصر من العصور المشار إليها.

(٢) كل عقار أو منقول يقرر مجلس الوزراء أن للدولة مصلحة قومية في حفظه وصيانته بشرط أن يتم تسجيله طبقا للأوضاع التي ينص عليها هذا القانون. . .». لمزيد من التفاصيل راجع: الصدة ص/ ٢٩٩ وما بعدها بند/ ١٩٦.

الفصل الثاني

الالتصـــاق

Accession

تقسيـــــم :

نوزع الدراسة في هذا الفصل على ثلاثة مباحث : نجعل أولها لعموميات نتناول فيهـا التعـريف بالالتصـاق ومفـترضـاتـه ، وتكييفـه ، وصوره . ونخصص الثاني للالتصاق بالعقار . لنكرس الثالث للالتصاق بالمنقول .

المبحث الأول
عمـــوميــــــات

في التعريف بالالتصاق ، ومفترضاته :

٥٢ ـ يعـرف الالتصـاق ، عادة ، بأنـه : اتحاد أو اندماج شيئين غير مملوكين لشخص واحد ، اندماجاً ماديا ، بحيث لا يمكن فصل أحدهما عن الآخر دون تلف[1] فيترتب على ذلك اكتساب مالك الشيء الأصلي ملكية الشيء الذي التصق به ، مقابل تعويض عادل .

ولهذا الحل مبرره المنطقي ، فدونه ليس إلا أحد حلين متصورين : فإما القول بالفصل بين الشيئين ، وهو حل غير عملي ، لما سيترتب عليه من إضرار بالشيئين معاً ، من حيث يفترض الالتصاق كما قلنا اندماجا مادياً بين شيئين يستحيل معه

---

(١) لكن بعض الشراح لا يقصرون فهم الالتصاق على فرض اتحاد شيئين ماديين فقط . وإنما يجعلونه يشمل اتحـاد قيمتين . ففي رسم لوحة ، مثلا بأدوات الغير، تندمج قيمة المواد بقيمة الجهد الذي بذله الرسام . أنظر في هذا المعنى الموسع :

SAINT-ALARY (R): ENCY. D. REP. de dr. civil. vo: Accession No. 224,225.

وأنظر لاحقا بند/١١١ .

الفصل بينهما دون تلف. أو القول بتمليك المركّب الجديد من الشيئين لمالكيهما معاً شركة بينهما، أي على الشيوع، كل بنسبة قيمة جزئه في هذا المركب. ولم تكن الملكية الشائعة أبدا بالنظام المستحب، نظرا لما تثيره في العمل من صعوبات وإشكالات، إلى الحد الذي دفع بالمشرع نفسه إلى النص على عدم جواز الإجبار على البقاء في الشيوع (بمقتضى التصرف القانوني) إلى أجل يجاوز خمس سنين (م ٨٣٠-١).

٥٣ - وهكذا، يفترض الالتصاق، بوجه عام:

١ - وجود شيئين ماديين متميزين. أما إن كان ما أضيف إلى الشيء الأصلي لا يعدو أن يكون مجرد تحسين فيه أو لإصلاحه، فإنه يكون من قبيل المصروفات، ويخضع لأحكامها. أو كان لا يعدو أن يكون أحد أجزائه أو من ثماره أو من منتجاته أو من ملحقاته، إذ - في هذه الحالة - يمتد حق ملكية الأصل ليشمل هذه الأشياء جميعاً، طبقا للمادة/٨١١ التي تقضي بأن «ملكية الشيء تشمل أجزاءه، وثماره، ومنتجاته، وملحقاته، ما لم يوجد نص أو تصرف قانوني يخالف ذلك».

٢ - أن يكون أحدهما أكبر أهمية من الآخر. حيث يفترض الالتصاق وجود شيء أصلي وشيء تابع.

وتظل الأرض، في هذا الصدد، هي دائما، في نظر المشرع، الشيء الأصلي[١]، حتى ولو كانت قيمتها أقل من قيمة المنقول الذي التصق بها. وبالتالي فإنه يصعب اعتبار كبر القيمة معيارا لتحديد ما يعتبر أصليا من الشيئين. لهذا يحدد البعض مفهوم الشيء الأصلي بأنه ذلك الذي لا يتصور وجود الشيء التابع بدونه[٢].

٣ - أن يتحد الشيئان ماديا[٣]، بحيث يتعذر أو يستحيل الفصل بينهما دون تلف[٤] سواء تم هذا الاتحاد بفعل الطبيعة أو بفعل الانسان.

---

(١) في هذا المعنى: نقض مصري ١٩٨٣/٢/١٦ (مجموعة خلف ٥٨٢-٢٢٧)، محمود جمال الدين زكي ص/٢٤٤، بند/١٩٠.

(٢) أنظر: البدراوي ص/٤٤، بند/٣٠.

(٣) وفي التأكيد على هذا المعنى، ومن ثم على عدم كفاية وضع شيء في آخر دون اندماج بينهما، لتحقق الالتصاق، يمثل البعض بـ«العقارات بالتخصيص».
أنظر: إبراهيم الدسوقي أبو الليل ص/٣٦، بند/٢٥. وهو تمثيل يفتقر إلى الدقة، لأن الفرض في العقارات بالتخصيص أن مالك العقار هو نفسه مالك المنقول الذي وضع فيه ورصد لخدمته.

(٤) أما إذا كان هذا الفصل ممكنا بلا تلف، فلا تنطبق أحكام الالتصاق، كما هو الحال في الكنز.

٤ ـ ألا يكون الشيئان ـ عند التصاقهما ـ مملوكين لنفس المالك. إذ الالتصاق هو، في التحليل الدقيق، وكما سنرى سبب لكسب ملكية جديدة.

* * * *

هذه هي المفترضات العامة، أي التي يفترضها الالتصاق في جميع صوره. وإلى جانبها، فإن لكل صورة من صور الالتصاق مفترضاتها الخاصة بها، سنعرض لها في حينها.

تكييف الالتصاق:

ورغم تسليم الشراح بأن الالتصاق هو أحد أسباب كسب الملكية، إلا أنهم يختلفون فيما بينهم في كيفية تأصيل اكتساب مالك الشيء الأصلي ملكية الشيء الذي التصق به.

٥٤ ـ فينكر البعض على الالتصاق أن يكون سببا لكسب ملكية جديدة[1]، ويرون فيه مجرد واقعة تؤدي إلى إلحاق الشيء الذي التصق بالشيء الأصلي. فيمتد حق الملكية القائم من قبل على الشيء الأصلي إلى هذه الملحقات[2].

ويبدو أن أنصار هذا التأصيل يستندون في ذلك إلى ما تقضي به المادة/ ٨١١ من أن «ملكية الشيء تشمل أجزاءه، وثماره ومنتجاته وملحقاته. . .» ويعتبرون ما يلتصق بالشيء هو من ملحقات هذا الشيء وفقا للنص السابق، فيمتد إليه حق الملكية دون أن يكون سببا لكسب ملكية جديدة.

وقد يضعف من هذا التأصيل ـ فيما نعتقد ـ أن للفظ الملحقات الذي استخدمه المشرع في النص السابق مدلولا محددا لا يتسع ليشمل ما يلتصق بالشيء المملوك من أشياء، مادام الفرض في هذه الأشياء الملتصقة أنها في أصلها ليست مملوكة لمالك الشيء الأصلي، حين أن الملحقات ـ على العكس ـ هي كل ما أعد بصفة دائمة لاستعمال الشيء طبقا لما تقضي به طبيعته. فالفرض فيها أنها في أصلها مملوكة لمالك الشيء الذي تلحق به، بما يمكن معه القول بأن ملكية الشيء الأصلي تمتد إليها. ويؤكد هذا التفسير ـ فيما نعتقد أيضا ـ الموضع الذي استخدم فيه المشرع لفظ الملحقات. فورود هذا اللفظ وراء كل من لفظي الثمار والمنتجات يستخلص منه بأن هناك جامعا مشتركا بينها، هي أنها جميعا في ذاتها ملك لصاحب الشيء.

---

(١) (٢) من هذا الرأي: شفيق شحاته بند/٢٢، عبد الفتاح عبد الباقي بند/٢٠٨، البدراوي ص/٤٢، بند/٢٨.

٥٥ ـ لذلك نرى ـ مع جانب آخر من الشراح ـ أن الالتصاق هو سبب مستقل لكسب ملكية جديدة(١)، ولا يملك مالك الشيء الأصلي الشيء الذي التصق به باعتباره من ملحقاته(٢).

٥٦ ـ ولا يقدح في هذا التكييف التذرع بما هو مسلم به من أن الحقوق التي تكون سبق أن تقررت على الشيء الأصلي، كحق انتفاع، أو حق ارتفاق، أو حق رهن، تشمل كذلك الشيء الذي التصق به. لأن أساس ذلك ليس أن هذا الأخير يعتبر من ملحقات الشيء الأصلي وإنما أساسه، ذات «الفكرة التي في ضوئها جعل الشارع الملكية لمالك الشيء الأصلي (وهو الشيء الأكثر أهمية) وهي فكرة أن الفرع يتبع الأصل، إذ الواقع أن الشيئين باندماجهما أو اتحادهما على أثر الالتصاق، يصبحان شيئاً جديداً تغلب عليه صبغة الشيء الأصلي»(٣).

٥٧ ـ ومؤدي اعتبار الالتصاق سبباً لكسب ملكية جديدة على ما تقدم، أن يرتب أثره من يوم تحققه. وقد طبقت محكمة النقض المصرية هذه النتيجة في بعض من أحكامها(٤). أما كيفية تخريج هذه النتيجة، في ضوء ما يقرره القانون لأحد مالكي الشيئين الملتصقين من خيار الفصل بينهما في بعض الحالات، على ما سنراه فيما بعد، فقد تعددت الاجتهادات الفقهية بشأنه، بما لا تتسع لتقصيه هذه الدراسة الموجزة(٥).

صــور الالتصــاق:

يمكن تقسيم الالتصاق، بحسب طبيعة الأشياء التي التصق كل منها بالآخر، إلى قسمين: التصاق منقول بمنقول آخر، وذلك اذا اتحد منقولان مملوكان لشخصين مختلفين، بدون اتفاق بينهما، بشكل يستحيل معه الفصل بين هذين الشيئين (م٨٨٧) والتصاق منقول بعقار، كما في حالة البناء أو الغراس على أرض مملوكة للغير.

---

(١) (٢) من هذا الاتجاه: في الفقه الفرنسي: رينو (في مارتي ورينو) ص/٥١٤، بند/٤١١، شاباس (في مازو) ص/٣٠١، بند/١٥٨٨، ومن الفقه العربي: السنهوري ج/٩، ص/٢٤٤، بند/٨٩، محمود جمال الدين زكي ص/٣٦٥، ٣٦٦، بند/٢٠٢، الصدة ص/٣٠٤، بند/١٩٧، محمد لبيب شنب ص/٥٤، بند/٥٤، وفي القضاء، نقض مصري ٢٨/١/١٩٨١ (مجموعة خلف ٥٧٠-٢٢٣).

(٣) الصدة ص/٣٠٤، بند/١٩٧.

(٤) أنظر مثلا: نقض ٢٧/٥/١٩٨٢ (مجموعة خلف ٥٨٠-٢٢٧)، وعكس ذلك، محمود جمال الدين زكي ص/٣٦٠، بند/١٩٩، وقرب من المعنى العكسي أيضا، السنهوري ج/٩، ص/٢٨٣، ٢٨٤، بند/١٠٣.

(٥) أنظر عرض لهذه الاجتهادات الفقهية، في إبراهيم الدسوقي أبو الليل ص/٤٤، وما بعدها بند/٣٦.

ويرى البعض من الشراح أن هناك صورة أخرى للالتصاق، يلتصق فيها عقار بعقار[1]، ويمثلون لذلك بفرض طمي النهر الذي يلتصق بالأرض ـ المجاورة[2]. وهو رأي منتقد، لأن الطمي قبل التصاقه كان منقولا بطبيعته وإن أصبح بعد الالتصاق عقارا[3]. وعلى أية حال فإن هذا الفرض من الالتصاق لا يتحقق في الكويت.

كما يمكن تقسيم الالتصاق ـ من ناحية أخرى ـ بحسب مدى تدخل الإنسان في إحداثه إلى قسمين: التصاق طبيعي، وهو يحدث بفعل الطبيعة دون تدخل من الإنسان، كما في حالة ترسب طمي النهر تلقائيا على جانب الأرض المجاورة لمجراه. وهو فرض لا يتحقق عملا في الكويت. والتصاق صناعي، يحدث بفعل الإنسان، كما في حالة البناء أو الغراس على الأرض.

وعلى هذا النحو، وبعد استبعاد مالا يمكن تحققه من صور الالتصاق، عملاً، في الكويت، تخلص لنا صورتان له، نعرض لأحكامهما على التوالي على النحو التالي:

---

(١) (٢) أنظر في هذا الرأي، وفي التبرير التاريخي الذي يقدمه له، البدراوي ص/٤٣، بند/٣٠.

(٣) في هذا المعنى، محمود جمال الدين زكي ص/٣٤٤، بند/١٩٠.

المبحث الثـــاني

الالتصـــاق الصناعي بالعقـــار
l'accession immobiliere artificielle (ou industrielle)

تحـــديـــد:

ذكرنا أن الالتصاق ـ بوجه عام ـ قد يتم: إما بفعل الطبيعة، فيقال له، من ثم الالتصاق الطبيعي. وهو يتحقق بما يرسبه النهر تدريجيا من طمى على الأرض المجاورة لمجراه. وقلنا أن هذه الصورة لا تتحقق عملاً في الكويت. بل أصبح تحققها في الوقت الحاضر، حتى في مصر، مستحيلا بعد بناء السد العالي. فغدت النصوص المنظمة له في مصر شبه ميتة. وقد يتم (أي الالتصاق) بفعل الانسان، فيقال له، من ثم، الالتصاق الصناعي. وهذا هو الذي تنحصر فيه دراستنا في هذا الموضع.

مفترضات هذا النوع من الالتصاق:

٥٨ ـ يتحقق الالتصاق الصناعي بالعقار، عند إقامة بناء أو غراس أو منشآت أخرى على الأرض، بمواد غير مملوكة لمالك هذه الأرض.

وهكذا ـ فإلى جانب المفترضات العامة سابق الاشارة إليها والتي ينبغي توافرها في الالتصاق أيا كانت صورته ـ فإن هذا النوع من الالتصاق، على وجه التحديد، يفترض:

١ ـ أن تكون هذه المواد غير مملوكة لمالك الأرض. ويجد هذا الشرط تفسيره في أن مالك الأرض يتملك هذه المواد بموجب الالتصاق باعتباره سببا لكسب ملكية جديدة[1]. ولما كان الغالب أن مالك الأرض هو الذي يقيم ما عليها من منشآت على نفقته، كان من المفهوم أن يقرر المشرع قرينة مفادها أن «كل ما على الأرض أو تحتها من بناء أو منشآت أخرى أو غراس يعتبر من عمل مالك الأرض، أقامة على نفقته ويكون مملوكا له» (م/٨٨٠).

---

(١) راجع في هذا المعنى: نقض مصري ١٩٨١/١/٢٨ (مجموعة خلف ٥٧٠ـ٢٢٣، ٢٢٤).

وبدهي أن تكون هذه القرينة قابلة لإثبات العكس، وقد نصت المادة ٨٨٠ على هذا الاستدراك صراحة. ولم ير المشرع، ما رآه المشرع المصري، من حاجة لأن يورد بعد ذلك بياناً بالفروض العملية التي يمكن أن يظهر فيها هذا التدليل العكسي، ولسنا نرى بأسا، هنا من عرض هذه الفروض على سبيل الإيضاح لا أكثر.

ففي معرض نفي القرينة السابقة يجوز «أن يقام الدليل على أن أجنبيا قد أقام هذه المنشآت على نفقته. كما يجوز أن يقام الدليل على أن مالك الأرض قد خولّ أجنبياً ملكية منشآت كانت قائمة من قبل أو خوله الحق في إقامة هذه المنشآت وتملكها». وفي هذه الأحوال جميعا، يجب - بداهة - إعمال هذا الاتفاق، ويمتنع التحدي بقواعد الالتصاق[1].

٢ - أن تكون المنقولات التي تتصل بالعقار مما يصدق عليه وصف البناء أو المنشآت الأخرى أيا كان نوعها، أو الغراس. أو على حد تعبير البعض: أن يترتب على دمج المنقولات بالعقار «إيجاد منشآت لها كيان متميز وملموس»[2،3]، أما مجرد إجراء التحسينات أو الترميمات أو الإصلاحات فلا تنطبق عليها أحكام الالتصاق[4] وإنما تخضع للقواعد العامة في الإثراء بلا سبب أو الفضالة أو لقواعد استرداد المصروفات على حسب الأحوال.

٣ - ويجب - بداهة - لتطبيق قواعد الالتصاق، ألا يكون هناك اتفاق بين المالك ومن أجرى البناء أو أقام المنشآت أو باشر الغراس، وإلا وجب إعمال هذا الاتفاق، صريحا

---

(١) راجع، من تطبيقات القضاء المصري، في هذا المعنى: نقض ٥/٥/١٩٦٦ (مجموعة خلف ٥٤٨-٢١٤)، نقض ١١/٦/١٩٦٨ (مجموعة خلف ٥٥٤-٢١٧)، نقض ١٧/٦/١٩٧٥ (مجموعة خلف ٥٦٢-٢٢٠)، نقض ٢٣/١٢/١٩٧٥ (مجموعة خلف ٥٦٣-٢٢٠)، نقض ٢٨/١/١٩٨١ (مجموعة خلف ٥٧١-٢٢٤).

(٢) محمد لبيب شنب، ص/٦٣، بند/٦٤.

(٣) بل يذهب المشرع المصري أكثر بعداً ويخرج من نطاق أحكام الالتصاق «المنشآت الصغيرة، كالأكشاك والحوانيت والمآوى التي تقام على أرض الغير دون أن يكون مقصودا بقاؤها على الدوام»، ويجعل أمثال هذه المنشآت «ملكا لمن أقامها» (م/٩٢٩ مدني مصري)، انظر في تطبيق لهذا النص، يخص المحاصيل الزراعية الدورية «لما لها من نهاية معلومة»، نقض مصري ٢/٥/١٩٦٣ (مجموعة خلف ٥٤٧-٢١٤).

ورغم عدم وجود نص مقابل لهذا في القانون الكويتي، إلا أن إخراج أمثال هذه المنشآت من أحكام الالتصاق، مسلم به فيه، كما ورد في المذكرة الأيضاحية، تعليقا على المواد من ٨٨١-٨٨٥.

(٤) عكس ذلك: شاباس (في مازو) ص/٣٠٢، بند/١٥٩٢، ص/٣٠٥، بند/١٥٩٥.

كان أو ضمنيا[1].

حـالاتــه: (أو تطبيقاته)، تقسيم:

قلنا أنه يتعين لإعمال قواعد الالتصاق، أن يكون مالك الأرض ليس هو مالك المواد التي استخدمت في إقامة المنشآت أو الغراس، وهو ما يتحقق في حالات ثلاث:

الفرض الأول: حالة البناء أو الغراس في الملك بمواد مملوكة للغير.

الفرض الثاني: حالة البناء أو الغراس في أرض مملوكة للغير.

الفرض الثالث: حالة البناء في أرض الغير بمواد مملوكة للغير.

ونفصِّل فيما يلي أحكام هذه الصور الثلاث، مخصصين لكل منها مطلباً مستقلاً.

المطلب الأول

البنـاء (أو الغراس) في الملك بمواد مملوكة للغير

تقسيـم:

نوزع الدراسة في هذا المطلب على فرعين، على النحو التالي:

الفـرع الأول

عمـوميـات

المقصود بهذه الحالة من حالات الالتصاق، وشروطها:

٥٩ ـ تتحقق هذه الحالة، حين يستخدم صاحب الأرض، مواد مملوكة لغيره، ويقيم بها منشآت أو مزروعات، على، أو في، أرضه.

٦٠ ـ وقد نظمت، هذه الصورة من صور الالتصاق، المادة/ ٨٨١ مدني وبموجبها

---

(١) في هذا المعنى: شاباس (في مازو) ص/ ٣٠٥، بند/ ١٥٩٤، رينو (في مارتي ورينو) ص/ ١٧٢، بند/ ١٢٨، السنهوري ج/ ٩، ص ٢٦٨، بند/ ٩٩، محمود جمال الدين زكي ص/ ٣٥٧، بند/ ١٩٧.

يمكن تلخيص شروط الالتصاق في هذه الحالة على النحو التالي:

١ ـ أن تكون المواد التي بنى أو غرس بها المالك، مملوكة للغير. وهذا الشرط يجعل هذه الصورة من صور الالتصاق نادرة التحقق عملا. لأن الغالب أن يكون الباني بمواد الغير حسن النية يجهل أن هذه المواد مملوكة لغيره. ولما كانت هذه الأخيرة من المنقولات، فإن الباني ـ في الأعم الأغلب ـ يكون قد اكتسب ملكيتها قبل الالتصاق وبسبب مستقل عنه هو قاعدة الحيازة في المنقول سند الملكية. ومن ثم فلا يتصور تحقق هذا الشرط إلا إذا حال دون إعمال هذه القاعدة، سوء نية الباني أو عدم توافر السبب الصحيح لحيازته لهذه المنقولات[1] أو كانت هذه الأخيرة مسروقة أو ضائعة، على ما سنراه في موضع آخر.

٢ ـ أن تكون هذه المواد قد اندمجت في العقار بما يسمح بالقول بأنها قد أصبحت عقارا بطبيعته ولا يكفي أن تكون خصصت فقط لخدمة هذا العقار إن لم تكن قد التصقت به[2].

٣ ـ أن تكون هذه المواد مما يستعمل عادة في تشييد المنشآت التي أقامها صاحب الأرض، كالحديد والأخشاب . . . الخ، أو مما يستعمل في الغراس كالبذور والشتلات . . . الخ. وهذا الشرط، وإن لم يرد صراحة في المادة/ ٨٨١ إلا أنه مفهوم منها ضمناً. وعلى ذلك فالنص لا ينطبق مثلا إذا كان ما وضعه مالك الأرض في بنائه هو تمثال أو أثر ثمين مملوك لغيره، فهو ـ في هذه الحالة ـ لا يتملكه بالالتصاق، بل يجب نزعه، في أي وقت يطلب فيه صاحبه ذلك ولو ترتب على نزعه ضرر جسيم للبناء[4].

---

(١) في هذا المعنى: شابـاس (في مازو) ص/٣٠٥، بنـد/١٥٩٤، رينـو (في مارتي ورينـو) ص/١٧٢، بند/١٢٨، السنهوري ج/٩، ص/٢٦٨، بند/٩٩، محمود جمال الدين زكي ص/٣٥٧، بند/١٩٧.

(٢) ولا أقول «قد أصبحت عقارا بالتخصيص» لأن العقار بالتخصيص يفترض أن يكون كل من العقار والمنقول الذي خصص لخدمته مملوكا لشخص واحد (وهو مالك العقار).

(٣) في هذا المعنى: رينو الموضع السابق، الصدة ص/٣١٣، بند/٢٠٥.

(٤) مالم يكن قد توافرت للباني (مالك الأرض) شروط كسب ملكية هذه الأشياء، من قبل، بمقتضى قاعدة الحيازة في المنقول سند الملكية. راجع في هذا المعنى، الصدة ص/٣١٣، بند/٢٠٥.

الفــرع الثانــي

أحكام هذه الحالة من حالات الالتصاق

نص قــانــونــي:

نظمت حكم هذه الحالة من حالات الالتصاق، المادة/ ٨٨١، حين قضت بأنه:

«١ ـ يكون ملكاً لمالك الأرض، ما يحدثه فيها من منشآت أو غراس بمواد مملوكة لغيره، إذا لم يكن ممكناً نزع هذه المواد دون أن يلحق مالك الأرض ضرر جسيم، أو كان ممكناً نزعها ولم ترفع الدعوى باستردادها خلال سنة من وقت علم مالك المواد أنها اندمجت في الأرض».

«٢ ـ فإذا تملك مالك الأرض المواد، كان عليه أن يدفع قيمتها وقت التصاقها بالأرض، أما إذا استرد المواد مالكها فإن نزعها يكون على نفقة مالك الأرض. ولمالك المواد في الحالتين الحق في التعويض إن كان له وجه».

تملك مالك الأرض للمواد ملكية مقرونة بخيار الاسترداد:

٦١ ـ ويتضح من هذا النص، أنه، إذا تحقق هذا الفرض من فروض الالتصاق، تملك مالك الأرض ـ باعتبارها الشيء الأصلي ـ ما أحدثه فيها بمواد غيره من منشآت أو غراس، إلا إذا اختار صاحب المواد أن يستردها، وفق الشروط التي حددها النص لهذا الخيار، وهما شرطان:

الأول: أن يكـون بالإمكان نزع هذه المـواد دون أن يلحق مالك الأرض ضرر جسيم. يستـوى في هذا الشـأن أن يكون مرجع هذا الضرر إلى ما يسببه نزع هذه المواد من ضرر بالأرض ذاتها أو ما يسببه من ضرر بالمنشآت التي أقيمت عليها[1]. ومثال

---

(١) أما النص المقابل في القانون المصري، وهو نص المادة ٩٢٣/١ فإنه يقصر المانع من الاسترداد على حالة ما إذا كان النزع سيترتب عليه ضرر جسيم يلحق بالمنشآت. لكن الفقه المصري مدّ نفس المانع إلى حالة الضرر الجسيم الذي يلحق الأرض نفسها من جراء نزع المواد، تأسيسا على أن صاحب المواد الذي يصر على انتزاعها، في هذه الحالة، يكون متعسفاً في استعمال حقه. أنظر السنهوري ص/٢٦٩، بند/٩٩، هامش/٣، محمد علي عرفه ص/٦٧، بند/٣٨.

الحالة الأولى أن تكون هذه المواد شتلات غرست في الأرض بهدف تقوية خصوبتها، فيؤدي نزعها - على العكس - إلى تبويرها. ومثال الحالة الثانية، أن تكون هذه المواد أسياخ حديد دخلت في تكوين الأسقف والأعمدة الخرسانية الحاملة للبناء فيؤدي نزعها إلى انهيار المبنى.

أما إذا لم يكن يترتب على نزع المواد مثل هذا الضرر، فلمالكها المطالبة باستردادها. كأن تكون هذه المواد - مثلاً - أدوات صحية: من أحواض وصنابير وخلافه، إذ من السهل فك هذه الأدوات دون كبير ضرر بالبناء.

ومرجع تقدير هذه الأمور جميعا لقاضي الموضوع في ضوء ظروف كل حالة على حدة.

فإذا توافر هذا الشرط، ونزعت المواد، فإن مصروفات النزع تكون على صاحب الأرض، سواء كان حسن أو سيء النية.

الثاني: أن يرفع مالك هذه المواد دعوى استردادها، خلال سنة من اليوم الذي يعلم فيه باندماجها، وإلا تملكها صاحب الأرض بالالتصاق. وهذه المدة هي مدة سقوط (لا مدة تقادم)، فلا تقبل الوقف ولا الانقطاع.

تحديد وقت هذا التملك، وطبيعة الملكية خلال فترة الاسترداد:

٦٢ - فإذا لم يختر صاحب المواد نزعها، أو ترك مدة السنة تمضى أو لم يكن له أن ينتزع مواده أصلاً لما يترتب على نزعها من ضرر جسيم بمالك الأرض، تملك هذا الأخير - كما قلنا - هذه المواد بالالتصاق. سواء كان حسن أو سيء النية[1]. لكن التساؤل يثور، بحق، عن وقت تملكها؟

٦٣ - ويخرج من إطار هذا التساؤل فرض ما لو كان استرداد هذه المواد غير جائز أصلاً، لما سيترتب على نزعها من ضرر جسيم بمالك الأرض، إذ في هذه الحالة يتملك مالك الأرض هذه المواد، بقوة القانون، أي دون توقف على إرادته[2]، من وقت اندماجها في الأرض، ملكية مستقرة لايتهددها خطر الزوال، بما يستتبعه ذلك من ألا يكون بإمكانه نزع هذه المواد من تلقاء نفسه وردها لصاحبها الأصلي.

بل يرى البعض أنه إذا كان اندماج المواد بالأرض يحصل على دفعات أو فترات، كما

(١) في هذا المعنى: الصدة ص/٣١٤، بند/٢٠٦، البدراوي ص/٥٥، بند/٤١، محمود جمال الدين زكي بند/١٩٧، هامش/٦.

(٢) ويجد هذا الحكم تبريره في نظر الفقه الفرنسي، في اعتبار اقتصادي. «إذ الغالب أن تكون إزالة المنشآت أو الغراس بلا فائدة بالنسبة لمالك المواد»، أنظر رينو (في مارتي ورينو) ص/١٧٢، بند/١٢٨.

هو الغالب، فإن صاحب الأرض يتملك ما يحصل إندماجه من المواد[1] «أولاً بأول»[2]، فلا يتأخر اكتسابه للملكية «إلى حين الانتهاء من إقامة المنشأة»[3].

٦٤ ـ إنما ينحصر التساؤل في الفرض الذي يكون فيه لصاحب المواد خيار نزعها. فهل نقول أن ملكية هذه المواد لا تزال لصاحبها طيلة مدة السنة[4] لم تنتقل بعد لمالك الأرض بما يستتبعه ذلك من أن يكون بإمكان مالك الأرض، خلال هذه المدة، نزع هذه المواد إن شاء وردّها إلى صاحبها؟ أم نقول أن مالك الأرض، حتى في هذه الحالة يتملك المواد بقوة القانون أيضا من وقت اندماجها بالأرض؟ فيثور عندئذ تساؤل آخر حول طبيعة هذه الملكية والفرض أنها مهددة بالزوال إن استعمل صاحب المواد خيار نزعها؟ • هذه المسألة خلافية في الفقه.

٦٥ ـ فالبعض يفضل القول بأن ملكية المواد تظل، خلال فترة الاسترداد، لصاحبها الأصلي[5].

وقد يُضعف هذا الحل، تعارضه مع فكرة الالتصاق ذاته كسبب لكسب الملكية، والفرض أن المواد التصقت فعلاً بالأرض. هذا إلى ما يؤدي إليه، أن يكون بوسع مالك الأرض نزع المواد وردها لصاحبها ولو لم يطلب هذا استردادها. وهي نتيجة تعكس الخيار، المقرر بالنص صراحة لصاحب المواد.

٦٦ ـ ويفضل الأستاذ السنهوري القول بأن ملكية مالك الأرض للمواد تكون ـ خلال فترة الاسترداد ـ ملكية معلقة على شرط، هو عدم رفع دعوى الاسترداد خلال مدة معينة. وهذا الشرط يكون واقفا بالنسبة لمالك الأرض، وفاسخا بالنسبة لصاحب المواد. فإذا تحقق الشرط[6] أصبح صاحب الأرض مالكا للمواد بحكم الالتصاق منذ اندماجها بالأرض بفعل الأثر الرجعي لتحقق الشرط الواقف. واعتبرت ملكية صاحب المواد، لهذه المواد، منذ اندماجها في الأرض، كأنها لم تكن، بفعل الأثر الرجعي لتحقق الشرط الفاسخ[7].

---

(١) في هذا المعنى: أتياس (كريستيان) ص/١٨٣، بند/١٥٤، ومن تطبيقات القضاء الفرنسي:
civ. 12/2/1962 Bul. civ. 1-p.82 no 92, civ 22/11/1973 D 1974 - somm-24

(٢) (٣) في هذا المعنى: محمد لبيب شنب، ص/٦٦، بند/٦٦، وقرب شاباس (في مازو) ص/٣٠٣، بند ١٥٩٢.

(٤) التي يجوز له، خلالها، استعمال ماله من خيار بنزعها أو بتركها.

(٥) من هذا الرأي: محمد لبيب شنب ص/٦٧، بند/٦٦.

(٦) بأن لم يرفع صاحب المواد دعوى باستردادها خلال المدة المحددة.

(٧) راجع السنهوري ج/٩، ص/٢٧٢، بند/١٠٠.

وقد أُخذ على هذا التحليل، أن تعليق انتقال الملكية على شرط، يجب أن يكون بالاتفاق، فيما أن القانون هنا هو الذي أجاز لصاحب المواد استردادها خلال مدة السنة[1]. هذا إلى ما يؤدي إليه هذا التحليل من تعارض مع ما يقول به صاحبه من عدم جواز أن ينزع مالك الأرض المواد من تلقاء نفسه، خلال مدة السنة، ويردها إلى صاحبها. حين أنه مع هذا التحليل يكون هذا ممكناً، مادام أن ملكية هذه المواد لم تكن، بعد، قد ثبتت نهائيا لمالك الأرض لعدم تحقق الشرط الواقف بعد[3].

٦٧ ـ ونرى، من جانبنا، أن مالك الأرض يتملك بموجب ـ الالتصاق، ومنذ حدوثه، المواد التي التصقت بها، ملكية من نوع خاص، من حيث هي ـ بنص القانون ـ مثقلة بخيار قرره المشرع لشخص محدد، يجعلها (أي هذا الخيار) مهددة، خلال مدة محددة، وبشروط محددة، باحتمال الزوال. هذا الشخص المحدد هو المالك الأصلي للمواد.

ولا يصح ـ في هذا الشأن ـ تقريب مركز مالك الأرض، في ملكيته للمواد خلال فترة الاسترداد[4]، بمركز المشتري في بيع بشرط التجربة (مادة/٤٥٨)، لأن المشتري حين يقبل المبيع بعد تجربته يكسب ملكيته باختياره هو، أما مالك الأرض، فهو إن كسب ملكية المواد فسوف يكسبها باختيار غيره الذي يقبل إسقاط ملكيته السابقة عليها. باختصار، تثبت الملكية للمشتري كأثر مباشر لخيار مكسب في يده، وتثبت ملكية صاحب الأرض للمواد كأثر غير مباشر لخيار مسقط في يد غيره.

---

(١) راجع في هذا النقد محمد لبيب شنب ص/٦٧، بند/٦٦.

(٢) بل استطرد البعض وقال أن الشرط هنا سيكون شرطاً باطلاً بحسبانه شرطاً إرادياً محضا، فيما أن جوهر الشرط ـ عنده ـ هو إناطة الأثر «بواقعة عارضة لا تتمثل أبدا في الإرادة»، أنظر في ذلك: إبراهيم الدسوقي ص/٤٥، بند/٣٦.

وهذا الاستطراد تعوزه الدقة فليس يلزم لصحة التعليق على شرط أن يتمثل هذا دائماً في واقعة عارضة. فمن المسلم به أن الشرط المختلط يصح، بل ويصح الشرط الإرادي مادام إرادياً بسيطاً، بل ويصح الشرط الإرادي ولو كان إراديا محضا مادام أنه ليس شرطا واقفاً متعلقا بمحض إرادة المدين. وهنا، إن صح ما يقوله الأستاذ السنهوري من أن ملكية مالك الأرض للمواد تكون معلقة على شرط واقف، فإن هذا الشرط سيصح رغم كونه متعلقا بمحض إرادة صاحب المواد، لأن هذا الأخير هو الدائن في خيار الاسترداد (إن صح التعبير بالدائن والمدين في هذا المعرض).

(٣) أنظر محمد لبيب شنب ص/٦٧، بند/٦٦، هامش/١٩.

(٤) قارن ـ مع ذلك ـ إبراهيم الدسوقي أبو الليل ص/٤٦. بند/٣٧.

حق صاحب المواد في قيمتها:

٦٨ - فإذا لم تنتزع المواد، وتملكها مالك الأرض، وجب عليه دفع قيمتها لصاحبها.

وتحسب هذه القيمة - طبقا لصريح نص المادة/ ٨٨١-٢ باعتبارها وقت التصاق هذه المواد بالأرض. فيما يحسبها المشرع الفرنسي باعتبارها يوم الوفاء بها[1، 2]، وهو حل يكون - ولا شك - أعدل بصاحب المواد فيما لو ارتفعت قيمتها - كما هو الغالب - بين الوقتين[3].

ومع ذلك فإن للحل الذي أخذ به المشرع الكويتي مزيته العملية التي لا يصح إغفالها. ذلك أن من شأن حساب قيمة المواد من يوم التصاقها بالأرض، حث صاحبها على تحديد موقفه من المطالبة بنزعها أو أخذ قيمتها، فلا يبقى مصير المنشآت معلقا فترة طويلة.

حق صاحب المواد في التعويض:

٦٩ - وسواء استعمل صاحب المواد خيار نزعها، أم استبقاها أو تعذر استردادها وطالب بقيمتها، فإن له في الحالتين، فضلاً عن الحصول على قيمة المواد محسوبة على النحو المتقدم، الحق في التعويض إن كان له وجه (م/ ٨٨١-٢). كأن تكون المواد التي استردها أصابها تلف أثناء عملية نزعها، أو أن يكون هو نفسه، في حالة تعذر استردادها، كان بحاجة إلى هذه المواد لإجراء إصلاحات عاجلة في بنائه، بحيث يتجاوز الضرر الذي يعود عليه من تأجيل إجراء هذه الإصلاحات قيمة المواد.

٧٠ - ويرى بعض الشراح - رغم عدم النص - أن للقاضي أن يراعي في تقديره للتعويض المستحق لصاحب المواد، ما إذا كان مالك الأرض حسن النية، أو سيء النية يعلم وقت استخدام المواد أنها مملوكة لغيره[4]. ومن جانبنا، نعتقد أن القاضي - بحكم

---

(١) وذلك طبقا للتعديل الذي أدخله على المادة/ ٥٥٤ بقانون ١٧ مايو ١٩٦٠.

(٢) أما النص المصري، المقابل، فقد ورد خلواً من التحديد.

(٣) ولذلك فضل البعض لو كان المشرع الكويتي أخذ بهذا الحل. أنظر إبراهيم الدسوقي ص/ ٦١، بند/ ٥٥.

(٤) من هذا الرأي: السنهوري ج/ ٩، ص/ ٢٧٠، بند/ ١٠٠، البدراوي ص/ ٥٦، بند/ ٤١، وقرب، الصدة: ص/ ٣١٤، بند/ ٢٠٦، وعكس ذلك محمود جمال الدين زكي ص/ ٣٥٦، بند/ ١٩٧.

كونه بشرا ـ سوف يأخذ هذه التفرقة في اعتباره عند تقديره للتعويض. لكننا نشك في أن يكون لها (أي لهذه التفرقة) أساس من القانون نفسه. فالتعويض، بالمعنى القانوني الدقيق، لا علاقة له بدرجة جسامة الخطأ، وإنما يقدر بقدر الضرر، وإلا كان نوعاً من العقوبة الخاصة peine privé وهذه لا تتقرر إلا بنص[1].

مدى إمكان استرداد المواد بعد هدم البناء:

٧١ ـ ويبقى ـ من بعد ـ التساؤل، عما إذا كان من حق صاحب المواد التي مضى على اندماجها بالأرض أكثر من سنة، ولم يكن بعد قد تقاضى تعويضا عنها أن يستردها إذا هدم البناء؟

الرأي الراجح أن هذه المواد أصبحت بقوة القانون مملوكة لمالك الأرض، فلا يجوز لصاحبها الأصلي استردادها[2]. فيما يرى بعض الشراح الفرنسيين، الأخذ بأفكار القانون الروماني الذي لم يكن ينظر إلى الالتصاق بحسبانه سبباً لكسب الملك، وإنما كان يرى فيه مجرد مانع من موانع الاسترداد. ويجيزون لصاحب المواد، أن يستردها، متى انهدم البناء، لأن الالتصاق لم يفقد صاحب المواد ملكيته لها، وإنما منع من استردادها لتلافي ضرر جسيم يلحق بمالك الأرض إذا ألزم بنزع هذه المواد[3].

---

(١) لمزيد من التفاصيل في هذا الشأن راجع: محمد شكري سرور، النظرية العامة للقانون، الناشر دار الفكر العربي بالقاهرة (بدون سنة نشر) ص/٥١ وما بعدها، بند/٣١، محمد شكري سرور، موجز الأحكام العامة للإلتزام في القانون المدني المصري، الناشر دار الفكر العربي ط/٨٤ـ١٩٨٥، ص/٥٦ وما بعدها بند/٥٨، محمد شكري سرور: سقوط الحق في الضمان (دراسة في عقد التأمين البري)، دار الفكر العربي ط/٧٩ـ١٩٨٠، ص/٢٧١، بند/٣١١.

(٢) من هذا الرأي: رينو (في مارتي ورينو) ص/١٧٢، بند/١٢٨، السنهوري ج/٩، ص/٢٧٠، ٢٦٩، بند/١٠٠، محمد كامل مرسي: الحقوق العينية الأصلية، ج/٣، (أسباب كسب الملكية: الاستيلاء ـ والالتصاق ـ والشفعة) ١٩٤٩، بند/٧١، الصدة ص/٣١٤، ٣١٥، بند/٢٠٦، محمد علي عرفه ج/٢، بند/٣٨، شفيق شحاته ص/٢٥١، بند/٢٣٨، محمود جمال الدين زكي ص/٣٥٦، ٣٥٧، بند/١٩٧، وضمناً البدراوي ص/٥٨، بند/٤٢.

(٣) من هؤلاء: بيدان، وفواران، أشار إليهما الصدة ص/٣١٥، هامش/١، أوبري ورو، وديمولومب أشار إليهم البدراوي ص/٥٨، هامش/٢.

المطلب الثاني

البناء (أو الغراس) في أرض الغير بمواد مملوكة للباني

تقسيم:

نوزع الدراسة في هذا المطلب على فرعين، على النحو التالي:

الفرع الأول

عموميات

المقصود بهذه الحالة من حالات الالتصاق:

٧٢ ـ تفترض هذه الحالة من حالات الالتصاق، أن يقوم شخص بالبناء أو الغراس أو بإقامة أية منشآت أخرى، مستعملا مواد يملكها، وذلك في أرض الغير.

ولما كانت القاعدة أن الأرض هي الأصل، وأن ما عليها من بناء أو غراس أو ما شابهه هو الفرع، فإن مالك الأرض يكتسب ملكية هذه المنشآت بالالتصاق، إلحاقا للفرع بالأصل. بل إن الفكرة السائدة في فرنسا أن هذا الاكتساب يتم أولا بأول من وقت اندماج هذه المواد أو المزروعات بالأرض[1]، دون انتظار لاكتمال المنشأة.

٧٣ ـ على أن يلاحظ أن تأسيس ملكية هذه المنشآت على الالتصاق وإخضاعها لأحكامه، يفترض، إبتداءً نفي القرينة المنصوص عليها في المادة/ ٨٨٠ والتي تعتبر أن كل ما على الأرض. . . من بناء أو منشآت أخرى أو غراس هو من عمل مالك الأرض

---

(١) أنظر مثلا:
SAINT-ALARY (R): les constructions, plantations et ouvrages, faits par le preneur sur les lieux loués. R.T. 1947-263, SAINT LARY (R): Ensyc. D. civ 2éd. Vo: Accession No *156*, *LARCHER (E)*: à qui appartiennent le bail, les constructions élévées sur le terrain d'autrui? Rev. crit. 1955 p. 324, LALOU: notes D 1933-2-109 D 1944-173.

وعكس ذلك (تأسيسا على ما للباني من خيار الهدم)، الفقه المشار إليه في مارتي ورينو ص/١٧٤، هامش/١.

أقامه على نفقته ويكون مملوكا له، إلى أن يقوم الدليل على العكس. فيتعين - من ثم - على صاحب المواد أن ينفي أولاً هذه القرينة بإقامة الدليل على أن الإنشاءات المقامة على أرض الغير مقامة بمواده هو. فتطبق عندئذ، في شأن هذه المنشآت، أحكام الالتصاق، في العلاقة بينه ومالك الأرض. ما لم يكن هناك، اتفاق مسبق بينهما على إخضاعها لأحكام خاصة تم التراضي عليها في إطار ترخيص مالك الأرض، ابتداءً، لصاحب المواد بإقامة هذه المنشآت على أرضه، فتسرى على هذه الإنشاءات أحكام هذا الاتفاق.

شـــروطهـــا:

٧٤ - وقد نظم المشرع أحكام هذه الحالة من حالات الالتصاق في المادتين ٨٨٢، ٨٨٣ مدني[1]، تنظيما فرق فيه، بين ما إذا كان الباني حسن أم سيء النية. وحدد حقوق كل من الطرفين (الباني ومالك الأرض)، على أساس من هذه التفرقة.

على أنه يشترط لإعمال أحكام هاتين المادتين، على هذه الحالة من حالات الالتصاق، توافر الشروط التالية:

١ - *أن يكون من أقام المنشآت غير مالك للأرض*:

ويصدق هذا الوصف على حائز الأرض، سواء أكان يحوزها بنية التملك، أم كان مجرد حائز عرضي لها. وعلى المالك الذي زالت ملكيته - بعد أن أقام المنشآت - بأثر رجعي، كما لو أبطل سند ملكيته أو فسخ[2]. كما يصدق أيضاً على المنتفع الذي يكون قد بنى في الأرض المنتفع بها، من حيث لا يملك - رقبتها، ومن حيث يجب عليه، طبقا للمادة/٩٤٧-١، أن يستعمل الأرض بحالتها التي تسلمها بها، ولا يغير حالتها بإقامة منشآت عليها[3].

---

(١) ويقابلها في القانون المصري المادتان ٩٢٤، ٩٢٥.

(٢) وهو يعامل معاملة الباني حسن النية، من حيث كان يعتقد أن له الحق في إقامة هذه *المنشآت*. إلا إن كان قد أقامها بعد أن رفعت عليه دعوى البطلان أو الفسخ، أو كان سبب هذا أو ذاك يرجع إليه. راجع في هذا المعنى: السنهوري ص/٢٩٦ وما بعدها، بند/١٠٧، الصدة ص/٣٣٦، بند/٢١٩.

(٣) وهو يعامل معاملة الباني سيء النية إن كان قد بنى في الأرض دون الحصول على ترخيص من *مالك الرقبة*. وإلا فإنه يعامل معاملة الباني حسن النية، مالم يكن - هناك اتفاق مسبق بينهما (في إطار هذا الترخيص)، بشأن هذه المنشآت، فيطبق هذا الإتفاق. راجع في هذا المعنى: *السنهوري ص/٢٩٥*، بند/١٠٦.

بل إن القضاء المصري[1][2]، يشايعه جانب من الفقه[3]، يطبق أحكام الالتصاق على البائع الذي يبني - ولو قبل تسجيل عقد البيع - على الأرض التي باعها، مع أن المفروض في هذه الحالة أنه لا يزال يصدق عليه وصف من يبنى في ملكه مادام أن الملكية لا تنتقل إلا بالتسجيل. ويستند القضاء في ذلك إلى التزام البائع - حتى في عقد البيع غير المسجل - بتسليم الأرض المبيعة بالحالة التي كانت عليها وقت البيع. ولما كان المفروض في البائع أنه يعرف هذا الالتزام، فقد استحق، في نظر القضاء، أن يعامل، على سبيل القياس، معاملة الباني سيء النية في أرض غيره.

ونفس الأمر فيما يتعلق بمشتري الأرض بعقد غير مسجل إذا بنى عليها، ولم يسجل العقد بعد ذلك لأي سبب. فبعد أن كانت محكمة النقض قد اتجهت في أحد أحكامها إلى عدم تطبيق أحكام الالتصاق في هذا الفرض وقضت بتمليك المشتري لما أقامه من منشآت تأسيسا على أنه يثبت له، بمجرد إبرام عقد البيع، الانتفاع بالأرض بكافة وجوه الانتفاع ومنها البناء على سبيل البقاء والقرار[4]، عدلت عن هذا الاتجاه واستقرت على اعتبار المشتري بانيا في ملك غيره، وعلى أن تكون ملكية المنشآت التي أقامها للبائع بحكم الالتصاق. مبررة عدولها، بأن حق القرار - الذي كانت قد أسست عليه تملك المشتري لما أقامه من منشآت - إنما هو «حق عيني، من قبيل الملكية، فلا ينشأ ولا ينتقل إلا بالتسجيل»[5].

وبالمقابلة، لا يصدق هذا الوصف، في نظر الفقه بعمومه، على الشريك المشتاع،

---

(١) ونعتذر لعدم وجود أحكام للقضاء الكويتي في الموضوع.

(٢) أنظر مثلاً: إستئناف مصر ١٩٣٢/١/٢٣ مجلة المحاماة السنة ١٣ رقم ٣٨، ص/٩٦، نقض ١٩٣٢/١٢/٨ (مجموعة عمر ج/١، رقم/٨١، ص/١٥٢). نقض ١٩٤٥/٣/٢٩ (مجموعة عمر ج/٤، رقم ٢٢٨ ص/٦٠١.

(٣) أنظر السنهوري جـ/٩ ص/٢٩٨، ٣٠٠ بند/١٠٨ (تأسيسا على فكرة الأثر الرجعي للتسجيل)، الصدة ص/٣٣٦، ٣٣٧ بند/٢١٩-٣ (تأسيسا على إمكان تطبيق قواعد الالتصاق على هذه الحالة بطريق القياس)، محمود جمال الدين زكي ص/٣٧٨ بند/٢٠٩ (تأسيسا على أن البائع: «قد ارتفعت يده عن الأرض المبيعة بمجرد البيع، وكما لا يجوز له أن يبرم بشأنها تصرفا قانونيا، لا يستطيع أن يجري عليها تصرفا ماديا، لأنه يلتزم بتسليم المبيع بالحالة التي عليها وقت البيع»). وعكس ذلك: اسماعيل غانم ص/٦٣، منصور مصطفى منصور ص/٢٩٧ بند/١٢٢.

(٤) أنظر نقض ١٩٥٠/١/١٢ مشار إليه في إبراهيم الدسوقي ص/٦٣، هامش ١.

(٥) أنظر، نقض ١٩٦٩/٦/٩ (مجموعة خلف ٥٥٧-٢١٨)، نقض ١٩٧٩/١/٢٤ (مجموعة خلف ٥٥٦-٢٢١)، نقض ١٩٨٠/٤/٢٤ (مجموعة خلف ٥٦٩-٢٢٣)، نقض ١٩٨١/٢/٢٥ (مجموعة خلف ٥٧٥-٢٢٥)، نقض ١٩٨٦/٤/١٦ (مجموعة خلف ٥٨٤-٢٢٨).

من حيث أن له على الأرض الشائعة حق ملكية. ومن ثم فلا تطبق أحكام الالتصاق على المنشآت التي يقيمها على الأرض الشائعة، وإنما تطبق الأحكام الخاصة بإدارة المال الشائع، بحسبان إقامة المنشآت، كما سنرى، من قبيل أعمال الإدارة (غير المعتادة)[1]. وإذا كانت محكمة النقض توافق على هذا التحليل من حيث المبدأ، إلا أنها تشترط أن يكون الشريك المشتاع قد بنى على ما يعادل نصيبه في الأرض الشائعة لم يتجاوزه، وإلا عدّ فيما جاوزه بانيا في ملك غيره[2]، خاصة إذا ما أنذره شريكه الآخر (أو شركاؤه) في الشيوع، وطلب منه وقف البناء من حيث يقيمه على حصته هو الآخر[3].

٢ ـ أن يكون الباني قد أقام المنشآت لحساب نفسه لا لحساب مالك الأرض. وهو ما لا يصدق ـ مثلا ـ في حالة بناء الفضولي على أرض رب العمل، ولا على ما يقيمه الوكيل في أرض الموكل ولو جاوز حدود وكالته. لأن هذا وذاك إنما يعملان لحساب مالك الأرض فلا تخضع علاقتهما به لأحكام الالتصاق.

٣ ـ أن يصدق على ما يقيمه صاحب المواد في أرض غيره وصف المنشآت، وهي كل ما له كيان متميز، بحيث يمكن نزعه على استقلال. سواء أنشيء[4] ابتداءً، أو أضيف[5] إلى منشآت قائمة من قبل مادام له كيانه المتميز (كتعلية طابق في عمارة)[6]. أما

---

(١) أنظر مثلاً: السنهوري ص/٣١٤ وما بعدها بند/١١٥، الصدة ص/٣٣٦، بند/٢١٩.

(٢) وقد جاء في أحد أحكامها، في هذا المعنى، أنه: «ولئن كان من المقرر في قضاء هذه المحكمة، أن لكل من الشركاء في الشيوع حق ملكية حقيقية في حصته الشائعة، وأنه إذا تمكن أحدهم من البناء على جزء من العقار فإنه لا يعد بانيا في ملك غيره، وكل ما للشريك الآخر أن يطالب من أقام البناء بقسمة العقار المملوك لهما على الشيوع ثم يرتب حقه على ما يظهر من نتيجة القسمة، إلا أن مناط ذلك أن يكون القدر الذي بنى عليه معادلا لنصيبه فيه، فإذا جاوزه، اعتبر بانيا في ملك غيره بالنسبة لما أقامه على ما يجاوز حصته فيه». نقض ١٩٨١/٣/٢٤ (مجموعة خلف ٥٧٦ ـ ٢٢٥).

(٣) وقد اعتبرته بذلك بانيا بسوء نية في الجزء الخاص بشريكه، وأجازت لهذا الأخير أن يستبقي الجزء من البناء المقام على حصته على أن يدفع للباني قيمته مستحقة الإزالة. أنظر الحكم المشار إليه في الهامش السابق.

(٤) (٥) ولذلك يعبر رينو عن هذا الشرط بقوله، يجب أن نكون بصدد:

«des ouvrages veritablement nouveaux»

أنظر رينو (في مارتي ورينو) ص/١٧٨ بند/١٣٤.

وأنظر من تطبيقات القضاء الفرنسي،

Colmar 13,1,1966 j.c.p 1967-2-14971 et note WIEDERKEHR

حيث طبقت المحكمة أحكام الالتصاق في هذه الدعوى، وكان الإنشاء عبارة عن تركيب نظام تدفئة مركزية.

(٦) وعكس ذلك:

civ 18,6,1970 D 1970 - 561 et note A.B, j.c.p 1972 - 2 - 15165 et note THUILLIER, R.T 1972-797 et obs. BREDIN

مجرد أعمال الحفظ أو الترميم أو التحسين، فإنها تدخل في عداد المصروفات وتخضع لأحكامها[1] [2].

٤ ـ ألا يوجد نص، ينظم على نحو خاص، حكم البناء في أرض الغير في حالة خاصة. كالتنظيم الوارد في المادة/٥٩٨ لحالة بناء أو غراس المستأجر في المأجور أو إحداث أية تحسينات أخرى فيه تزيد من قيمته[3]. والتنظيم الوارد في المادة/٩٠١ لحالة ما لو «زاد المشتري في المشفوع فيه شيئا من بناء أو غراس أو نحوه». وهو التنظيم الذي سنجد المناسبة لتفصيله في موضع لاحق.

٥ ـ ألا يوجد اتفاق مخالف لأحكام الالتصاق الواردة في المادتين ٨٨٢، ٨٨٣ سابقتي الذكر، إذ أنهما ليستا من النظام العام.

(١) أنظر رينو الموضع السابق.
(٢) كذلك تشترط المادة/٩٢٩ مدني مصري، ألا يكون ما أقيم على الأرض هو من قبيل «المنشآت الصغيرة كالأكشاك والحوانيت والمآوى التي تقام على أرض الغير دون أن يكون مقصودا بقاؤها على الدوام». فأمثال هذه المنشآت لا تخضع لأحكام الالتصاق، وإنما تكون ملكا لمن أقامها». ولا مقابل لهذا النص في القانون الكويتي.
(٣) وهي تقضي بأنه:
١ ـ إذا أحدث المستأجر في المأجور بناء أو غراسا أو أية تحسينات أخرى تزيد في قيمته، كان له عند انقضاء الإيجار أن يتركها أو أن يزيلها على نفقته، إذا لم يكن في ذلك إضرار بالمأجور.
«٢ ـ فإن لم يزل المستأجر هذه الزيادات، كان للمؤجر أن يطالبه بإزالتها، أو أن يستبقيها بقيمتها مستحقة الإزالة، دون إخلال بحقه في التعويض عما تسببه الإزالة من ضرر إذا كانت الزيادات قد أحدثت بغير إذنه».
«٣ ـ وكل ذلك ما لم يوجد اتفاق يقضي بغيره».

الفــرع الثــانــي

أحكام هذه الحالة من حالات الالتصاق

النصوص القانونية:

٧٥ ـ فرق المشرع ـ كما سبق أن ذكرنا ـ بين الباني سيء النية والباني حسن النية. وقد واجه الأول بالمادة/٨٨٢، والثاني بالمادة/٨٨٣ ويجري نصهما على النحو التالي:

مــادة/ ٨٨٢:

«إذا أحدث شخص بناء أو غراسا أو منشآت أخرى، بمواد من عنده، على أرض يعلم أنها مملوكة لغيره وأنه ليس له الحق في إحداثها، أو كان جهله بذلك ناشئا عن خطأ جسيم، كان لمالك الأرض أن يطلب إزالة المستحدثات على نفقة من أحدثها مع التعويض إن كان له وجه، وذلك خلال سنة من وقت علمه بإحداثها. فإن لم يطلب الإزالة، أو طلب استبقاء المستحدثات التزم بدفع قيمتها مستحقة الإزالة أو دفع ما زاد بسببها في قيمة الأرض».

مــادة / ٨٨٣:

«١ ـ إذا أحدث شخص بناء أو غراسا أو منشآت أخرى بمواد من عنده ـ على أرض غيره بترخيص من المالك أو كان معتقدا بحسن نية أن له الحق في إحداثها، فلا يجوز لمالك الأرض أن يطلب الإزالة، وإنما يكون له الخيار بين أن يدفع قيمة المواد وأجرة العمل أو أن يدفع مازاد في قيمة الأرض بسبب ما استحدث فيها. هذا ما لم يطلب من أحدث المنشآت أو الغراس نزع ما استحدثه وكان ذلك لا يلحق بالأرض ضررا».

«٢ ـ ومع ذلك، فإذا كانت المستحدثات قد بلغت حدا من الجسامة بحيث يرهق مالك الأرض أن يؤدي ما هو مستحق عنها، كان له أن يطلب تمليك الأرض لمن أحدثها بمقابل عادل».

تقسيــم:

ونعالج أحكام كل من الفرضين، في محور مستقل، على النحو التالي:

المحـــور الأول
فرض ما لو كان الباني سيء النية

مفهوم سوء النية في هذا الموضع، ووقت تقديره:

٧٦ - يعتبر من أقام المنشآت سيء النية، في هذا الموضع، إذا كان يعلم وقت إقامتها أنه يعتدى على حق غيره. ويتحقق ذلك - طبقا لصريح المادة/٨٨٢ - إذا كان يعلم أن الأرض مملوكة لغيره وأنه ليس له الحق في إقامة ما استحدثه فيها من بناء أو غراس أو منشآت أخرى. فيلزم إذن توافر الأمرين معا، ولا يغني أحدهما عن الآخر. إذ ليس ما يمنع من تصور أن يكون الباني يعلم بأن الأرض التي يبنى عليها ليست مملوكة له ولكنه يعتقد مع ذلك اعتقادا سائغاً بأن له الحق في إقامة المنشآت عليها. وهنا فإنه يكون، بمقتضى المادة/٨٨٢، حسن النية في إقامته لهذه المنشآت[١].

غير أنه يستوى، مع هذا العلم، وفقا لصريح النص أيضا، الجهل الناشيء عن خطأ جسيم: كإهمال مشترى العقار من غير مالكه الاطلاع على المستندات التي تثبت ملكية البائع له. ويمكن أن نقيس عليه أيضا، الجهل الناشيء عن غلط في القانون. ويمكن أن نمثل له - لو أخذنا بالرأى القائل بتطبيق أحكام الالتصاق على بناء الشريك في الشيوع على ما يجاوز نصيبه فيه[٢] - بما لو بنت وارثة على نصف الأرض المملوكة لها ولشقيقها على الشيوع بعد وفاة مورثها، معتقدة أنها، قانونا، ترث النصف، حين أنها لا ترث سوى الثلث.

٧٧ - والعبرة في تقدير ما إذا كان من أقام المنشآت سيء أو حسن النية على التحديد السابق، هي بوقت إقامة المنشآت. ولا عبرة بتغير النية بعد ذلك[٣].

أحكام هذا الفرض:

٧٨ - وكان من الطبيعي أن يعامل المشرع من أقام المستحدثات، في هذا الفرض،

---

(١) قارن، نقض مصري، حيث تعبر المحكمة عن معنى سوء نية الباني بقولها «يعلم أن الأرض ليست مملوكة له»، في ١١/٦/١٩٦٨ (مجموعة خلف ٥٥٥-٢١٧).

(٢) وهو الاتجاه الذي تأخذ به محكمة النقض المصرية. أنظر سابقا بند/٧٤.

(٣) في هذا المعنى أيضا الصده ص/٣١٦ بند/٢٠٧.

معاملة قاسية تتفق وسوء نيته. فأعطى مالك الأرض[1] خيارا [2]بين أمرين، إزالة المستحدثات، أو استبقاؤها، على التفصيل التالي:

(أ) خيار الإزالة:

٧٩ ـ فله أن يطلب إزالة المستحدثات، لإعادة الأرض إلى حالتها الأولى. وعندئذ تكون نفقات هذه الإزالة على من أقام المستحدثات.

٨٠ ـ ومن حق المالك أن يستعمل هذا الخيار دونَ أن يُلزم بإثبات ضرر أصابه من جراء البناء على ملكه[3]. ويجرى القضاء الفرنسي على ذلك، على سند من كفاية الاعتداء على الملكية في حد ذاته[4] بينما يتعرض هذا الحل للنقد من جانب بعض الشراح الفرنسيين على أساس من نتيجته غير الاقتصادية أحيانا: إذ يُخشى أن يكون من شأنه هدم إنشاءات أو مزروعات هامة دون مبرر جدي[5].

٨١ ـ بل إن لمالك الأرض، إذا ما أثبت أن ضررا أصابه بسبب إقامة المستحدثات على أرضه ثم إزالتها، أن يطالب بتعويض عن هذه الأضرار. وعلى ذلك صريح المادة ٨٨٢ التي قرنت حقه في طلب إزالة المستحدثات على نفقة من أحدثها بحقه في «التعويض إن كان له وجه».

وإذا طلب مالك الأرض إزالة المستحدثات، إعمالا للخيار الذي خوله له القانون، فلا يملك القاضي سوى أن يجيبه إلى طلبه، دون أن تكون له في ذلك ثمة سلطة تقديرية، حتى ولو بدا أنه متعسف في هذا الطلب لعدم وجود مصلحة جدية له فيه.

---

(١) (٢) فهو إذن، خيار، أو على حد وصف محكمة النقض المصرية «رخصة ناشئة عن حق الملكية ذاته. وقد خولها القانون لصاحب الأرض بوصفه مالكا فليس لغيره من ثم الحق في استعمالها». أنظر ١٣/٦/١٩٧٦ (مجموعة خلف ١٦٨ـ١٩٧٤)، وفي نفس المعنى: نقض ٢٨/١/١٩٨١ (مجموعة خلف ٥٧٠ ـ ٢٢٣).

(٣) في هذا المعنى: نقض ٨/٥/١٩٧٣ (مجموعة خلف ١٦٣ـ٣٨)، وبنفس التاريخ نقض ٨/٥/١٩٧٣ (مجموعة خلف ٥٥٩ـ٢١٩).

(٤) أنظر:

civ 10/7/1962 Bull. 1962 1-no 359, civ 13/1/1965 D 1965 somm-86, R.T 1965-678 et obs. BREDIN.

(٥) أنظر رينو ص/١٧٦ بند/١٣٢.

لأن الخيار «لكونه يتوقف على محض مشيئة من تقرر له، يبعد عن نطاق نظرية التعسف»[١٠١].

٨٢ ـ غير أن هذا الخيار موقوت ـ طبقا لصريح المادة/٨٨٢ ـ بمدة سنة، وهذه المدة تحسب، طبقا لصريح النص أيضا، من وقت علم مالك الأرض بإقامة هذه المستحدثات. بعدها يسقط هذا الوجه من الخيار، ولا يبقى لمالك الأرض سوى الوجه الثاني.

ورغم أن النص المصري المقابل[٣] يجري على نفس النحو أيضا، إلا أن محكمة النقض المصرية لا تكتفي، في هذا الشأن، بعلم مالك الأرض بإقامة المنشآت عليها، وإنما تستلزم علمه أيضا «بشخص من أقامها»[٤] حتى يتسنى له، من بعد، أن يوجه إليه طلب إزالتها. . .[٥]» «لأن العلم بإقامة المنشآت لا يقتضي حتما وبطريق اللزوم العلم بمن أقامها»[٦]. وقد رتبت على ذلك أن «ميعاد السنة الذي يتعين طلب الإزالة خلاله لا يبدأ إلا من اليوم الذي يعلم فيه صاحب الأرض بإقامة المنشآت وبشخص من أقامها»[٧]. ونحن نؤيد هذا التفسير، لأن من شأن القول العكسي، أن يفرغ هذا الوجه من الخيار الذي قرره القانون لمالك الأرض، من كل مضمون. فضلا عن أنه التفسير الذي يتمشى وروح التشدد مع الباني التي تسود حكم هذا الفرض من فروض الالتصاق. فقط، ربما يشكك في صحة هذا التفسير، طبيعة مدة السنة هذه، وما هو مسلم به من أنها مدة سقوط لا تقبل الوقف ولا الانقطاع.

٨٣ ـ هذا، وعلى النقيض مما يراه البعض[٨]، نؤكد أن الإعمال الصحيح لقواعد الإثبات يستوجب القول بأن عبء إثبات العلم بإقامة المنشآت المؤدي إلى بدء سريان مدة السنة هذه، يقع على عاتق الباني[٩]. فهذه المدة هي مدة سقوط لخيار الإزالة. والباني هو الذي يتمسك بسقوط هذا الخيار، فيعين عليه هو إقامة الدليل على توافر

---

(١) إبراهيم الدسوقي ص/٧١، بند/٦٢.

(٢) ويلاحظ أن خيار إزالة المستحدثات، مقصور بصريح نص المادة/٨٨٢ على صاحب الأرض، فيما تجيز الفقرة الثانية من النص المصري المقابل (م/٩٢٤) هذه الإزالة أيضا لمن أقام المنشآت (الباني)، شرط ألا يلحق الأرض من هذه الإزالة ضرر. وقد سبق أن انتقدنا حكم هذه الفقرة في مؤلفنا في حق الملكية سابق الاشارة إليه أنظر محمد شكري سرور، مذكرات في حق الملكية، المرجع السابق ص/٥١ وما بعدها.

(٣) وهو المادة/٩٢٤.

(٤ـ٧) نقض ١٩٧٥/٢/٣ (مجموعة خلف ٥٦٤ـ٢٢٠).

(٨) (٩) أنظر إبراهيم الدسوقي ص/ ٧٠ هامش/١ الذي يرى أن هذا العبء يقع «على عاتق صاحب الأرض».

شروط هذا السقوط، ومن هذه الشروط علم مالك الأرض بإقامة المنشآت عليها.

٨٤ ـ ويلفت النظر هنا، أن المشرع الكويتي، كالمشرع المصري تماماً لم يشترط، في هذا الفرض من فروض الالتصاق، رفع دعوى بالإزالة، كما فعل في الحالة الأولى من حالات الالتصاق المنصوص عليها بالمادة/ ٨٨١[1].

ومؤدي التفسير الحرفي للنص محل البحث (المادة/٨٨٢)، كفاية إبداء الرغبة في الإزالة بأية وسيلة كانت، خلال مدة السنة المحددة، ويتحمل مُبديها (وهو مالك الأرض) مخاطر إثبات إبدائها.

إلا أن محكمة النقض المصرية لا تأخذ بهذا الحل، وتستلزم ضرورة رفع دعوى بالإزالة ،وفسرت لفظة «يطلب» الإزالة، في هذا المعنى. منتهية من ذلك إلى القول بأن ميعاد السنة لا يعتبر مرعيا إلا برفع طلب الإزالة إلى القضاء خلاله وإلا سقط الحق فيه.

وقالت في تبرير ذلك، أن «القانون المدني، في العديد من نصوصه، قد عبّر بكلمة يطلب قاصداً بها المطالبة القضائية باعتبارها الوسيلة القانونية التي يلجأ بمقتضاها صاحب الحق إلى القضاء ليعرض عليه ما يدعيه طالبا الحكم له به». هذا إلى أن المشرع (والنص الكويتي في هذا على نفس النحو أيضا) جمع بين الحق في طلب الإزالة والحق في طلب التعويض خلال ميعاد السنة» وهذا يؤكد أن المراد بمعنى الطلب هو رفع الدعوى، وإلا جاز القول بأنه يكفي مجرد إبداء الرغبة بأي طريق في طلب التعويض خلال سنة دون حاجة للالتجاء إلى القضاء في هذا الميعاد وهو مالا يسوغ»[2].

ونحن نميل إلى تبنى هذا التحليل بالرغم من حرفية النص، للأسباب المحمول عليها. ونضيف إليها أن، استلزام رفع الدعوى من شأنه القضاء على مشاكل كثيرة في العمل حول ما إذا كان مالك الأرض قد استعمل خياره بطلب الإزالة خلال المدة المحددة قانونا لهذا الخيار أم لا.

---

(١) وهي حالة البناء (أو الغراس) على الملك بمواد مملوكة للغير، السابق دراستها.

(٢) أنظر نقض ١٩٧٨/٥/١٧ (مجموعة خلف ٥٦٥ـ٢٢٠).

(ب) خيار استبقاء المستحدثات:

٨٥ ـ ولمالك الأرض[١]، بدلا من طلب الإزالة، أن يطلب[٢] استبقاء المستحدثات. فإذا طلب[٣] ذلك، أو لم يبق له سوى هذا الخيار لسقوط حقه في طلب الإزالة، فإنه يتملك المستحدثات بالالتصاق، مقابل دفع إحدى قيمتين: إما قيمة المستحدثات مستحقة الإزالة، أي قيمتها أنقاضا بل ومخصوماً منها مصاريف الإزالة، أو قيمة مازاد في ثمن الأرض بسبب إقامة هذه المستحدثات عليها[٤]. وهو ـ بداهة ـ سيختار القيمة الأقل.

٨٦ ـ وواضح، أن المشرع هنا خرج على القواعد العامة في الإثراء بلا سبب، نظرا لسوء نية من أقام المستحدثات. فمقتضى هذه القواعد أن يلتزم المثري بأقل قيمتي الإثراء والافتقار. بيد أنه، إن صحّ أن الزيادة في ثمن الأرض تمثل قيمة الإثراء، فما يمثل قيمة الافتقار هو في الحقيقة قيمة المواد وأجرة العمل[٥].

٨٧ ـ ويبقى التساؤل عن الوقت الذي يعتد به في تقدير مازاد في الأرض بسبب إقامة المستحدثات عليها إذا ما اختار مالك الأرض دفع الزيادة؟.

---

(١) (٢) فهذا الوجه من الخيار، أو على حد تعبير محكمة النقض، من الرخصة، هو كالوجه الأول مقرر لمالك الأرض وحده. وقد رتبت محكمة النقض على ذلك أن مشترى الأرض بعقد غير مسجل بعد «لا يسوغ له طلب إعمال قواعد الالتصاق بشأن المباني التي يحدثها الغير في الأرض التي اشتراها بعقد غير مسجل»، «إلا أنه بمجرد حصول هذا التسجيل» أو تسجيل الحكم القاضي بصحة ونفاذ عقد البيع، وحيث يصبح المشتري مالكا للأرض «تؤول إليه تبعا لذلك ملكية البناء بحكم الالتصاق» مادام البائع كان مالكا للأرض وقت إقامة الغير المنشآت عليها. أنظر نقض ٢٨/١/١٩٨١ (مجموعة خلف ٥٧٤ـ٢٢٥).

(٣) والنص صريح في وجوب هذا الطلب، إذ يقول: «فإن لم يطلب (*أي مالك الأرض*) *الإزالة*، *أو* طلب استبقاء المستحدثات...». وقد فرع البعض على ذلك (في تفسيره للنص المصري المقابل) *أن* مالك الأرض لا يتملك المستحدثات إلا إذا طلب استبقاءها. أنظر في هذا المعنى: محمود جمال الدين زكي ص/٣٦٠ بند/١٩٩، الصده ص/٣٢٢ بند/٢١٠، وعكس ذلك: وأنه يتملكها بقوة القانون دون طلب، وإن كانت ملكية غير لازمة يجوز له رفضها باستعمال خيار الإزالة، إبراهيم الدسوقي ص/٦٦، ٦٧ بند/٦٠. أما السنهوري فيرى أنه وقت أندماج المستحدثات بالأرض تكون ملكية صاحب الأرض لها معلقة على شرط واقف هو عدم المطالبة بإزالتها خلال المدة المحددة. فإن تحقق الشرط ولم تنزع، ارتد تملكه لها إلى وقت اندماجها بالأرض إعمالا لفكرة الأثر الرجعي للشرط. السنهوري جـ/٩ بند/١٠٣.

(٤) وهذه القيمة الأخيرة تساوي الفرق بين ثمن الأرض خالية من المستحدثات، وثمن المثل لها بعد إقامة المستحدثات عليها. والعبرة في هذا الشأن بالقيمة السوقية (أو التجارية) لا بالقيمة الشخصية.

(٥) في هذا المعنى: الصده ص/٣١٧ بند/٢٠٨.

هذه المسألة خلافية في الفقه. ومرجع الاختلاف فيها إلى خلاف أوّلي في النظرة إلى الوقت الذي تصبح فيه المستحدثات ملكاً لصاحب الأرض. فمن يرى أن مالك الأرض يكتسب هذه المستحدثات من يوم طلب استبقائها، يجعل العبرة في تقدير الزيادة في قيمة الأرض بسبب إقامة المستحدثات عليها، بذلك اليوم، بحسبانه اليوم الذي يتحقق فيه الإثراء بالنسبة له[1]. أما من يرى أن مالك الأرض يتملك هذه المستحدثات من يوم اندماجها بالأرض فيجعل العبرة في تقدير الزيادة في قيمة الأرض بوقت اندماج المستحدثات فيها[2].

المحـــور الثانـــي
فرض ما لو كان الباني حسن النية

مفهوم حسن النية في هذا الموضع، ووقت تقديره:

٨٨ ـ يعتبر من أقام المستحدثات حسن النية، طبقا لصريح المادة/٨٨٣، إن كان أحدثها بترخيص من المالك[3،4]. أو كان أحدثها بغير هذا الترخيص لكنه كان يعتقد أن له الحق في إحداثها[5]. وحتى يتناسق معنى حسن النية في هذه المادة، مع ما يستخلص بالمعنى العكسي من المادة/٨٨٢ التي حددت مفهوم سوء النية، نعتقد أن من أقام المستحدثات يكون حسن النية أيضا، فضلا عن هاتين الحالتين، إذا كان لا يعلم أن الأرض التي أقام عليها المستحدثات مملوكة لغيره، أو في عبارة مساوية إذا كان يعتقد أنها مملوكة له.

فيكفي إذن وجود من أقام المستحدثات في أيٍّ من هذه الفروض الثلاثة حتى يعتبر حسن النية في حكم المادة/٨٨٣.

---

(١) من هذا الرأي: محمد كامل مرسي، جـ/٣ بند/٩٢، الصده ص/٣٢٢ بند/٢١٠ والفقه الفرنسي المشار إليه فيه هامش/١، محمد علي عرفه ص/٣٠٥.

(٢) من هذا الرأي: حسن كيره، وحسام الأهواني، مشار إليهما في إبراهيم الدسوقي ص/٧٣ هامش/٢ (وهو من نفس الرأي أيضا).

(٣) وتطبيق أحكام الاتفاق في هذا الفرض رهين بألا يكون هذا الترخيص مقرونا باتفاق بين مالك الأرض ومن أقام المستحدثات، حول هذه الأخيرة، وإلا طبق هذا الاتفاق واستبعدت أحكام الالتصاق.

(٤) راجع من تطبيقات القضاء المصري لهذا الفرض: نقض ١٨/٢/١٩٨٢ (مجموعة خلف ٥٧٨ ـ ٢٢٦).

(٥) أنظر نقض مصري ١٧/٢/١٩٧٦ (مجموعة خلف ١٦٩ ـ ٧٤).

٨٩ ـ والعبرة، في حسن النية، في هذا الموضع، بوقت إقامة المستحدثات[1]. فلا يعتد بما قد يطرأ عليها من تغيير بعد ذلك.

وحسن النية يفترض في من أقام المستحدثات، إلى أن يقيم مالك الأرض الدليل على العكس[2]. وهو يستطيع أن يقيم هذا الدليل بجميع الطرق لتعلّق الأمر بواقعة مادية.

ولمحكمة الموضوع سلطتها في تقدير حسن أو سوء نية من أقام المستحدثات، دون رقابة عليها في ذلك من محكمة التمييز متى أقامت قضاءها على أسباب سائغة تكفي لحمله[3].

ولما كان التحدى بحسن النية وقت إقامة المستحدثات تحديا جوهريا من شأنه تغيير وجه الفصل في الدعوى، لاختلاف الحكم في هذه الحالة، كما سنرى، عنه في حالة ما إذا كان من أقام المستحدثات سيء النية، فإن إغفال محكمة الموضوع بحث ما يعتبر ممن أقام المستحدثات تحديا بحسن نيته، يشوب الحكم بالقصور فضلا عن الخطأ في تطبيق القانون[4].

أحكام هذا الفرض:

نظم المشرع أحكام الالتصاق في هذا الفرض بالمادة ٨٨٣/١، ثم استثنى من هذا التنظيم حالتين، عالج أحدهما بالفقرة الثانية من نفس النص، وأفرد للثانية نص المادة/ ٨٨٥.

أولا: التنظيم العام:

٩٠ ـ عامل المشرع من أقام المستحدثات، في هذا الفرض، معاملة أفضل منها في الفرض السابق، رعاية لحسن نيته. ويظهر ذلك سواء من حيث الحق في طلب الإزالة، أو من حيث مقدار التعويض الذي يستحقه عند استبقاء المستحدثات.

---

(١) (٢) في هذا المعنى: نقض ١٩٧٦/٢/١٧ سابق الاشارة، نقض ١٩٨٦/٦/١١ (مجموعة خلف ٥٥٥ ـ ٢١٧).

(٣) أنظر نقض ١٩٧٤/١٢/٩ (مجموعة خلف ٢٩٧ ـ ٣٨)، نقض ١٩٨٦/٤/١٦ (مجموعة خلف ٥٨٤ ـ ٢٢٨).

(٤) في هذا المعنى: نقض ١٩٧٥/١٢/٨ (مجموعة خلف ٥٦٧ ـ ٢٢٢) وفيه كان الطاعنون قد برروا إقامتهم للمباني والمنشآت على الأرض بسبق شراء مورثهم لها بعقد مسجل، وهو ما ينطوى على التحدى بحسن نيتهم وقت تشييدها، ولكن الحكم المطعون فيه أغفل بحث هذا الدفع.

أ ـ خيار الإزالــة :

٩١ ـ ففيما يتعلق بخيار الإزالة، لم يقرره المشرع ـ كما في حالة سوء النية ـ لمالك الأرض، وإنما قرره لمن أقام المستحدثات[1]، بشرط واحد، ألا يترتب على الإزالة ضرر بالأرض. وفي هذا ـ كما هو واضح ـ خروج على الأصل، الذي وفقا له يكون لصاحب الأرض، باعتباره مالكا، الحق في إجبار غيره على إزالة ما أقامه على أرضه.

٩٢ ـ ويلاحظ، أن المشرع يشترط في الضرر المانع من خيار الإزالة هنا، أن يلحق بالأرض ذاتها، ولم يكتف بأن يلحق بمالك الأرض على أي وجه[2]. وهو تخفف في القيود المانعة من خيار الإزالة يمليه حسن نية من أقام المستحدثات.

ورغم إغفال النص المصري المقابل، لهذا القيد المانع من خيار الإزالة، إلا أن الفقه المصري يستلزمه، إعمالا لنظرية التعسف في استعمال الحق[3]. لكنهم يتواضعون فيه فلا يحرمون مالك المواد من خيار الإزالة إلا إذا كان من شأن هذه الأخيرة أن تلحق بالأرض ضررا جسيما[4]. فيما لم يشترط المشرع الكويتي، لحرمان مالك المواد من خيار الإزالة، أن يبلغ الضرر الناجم عنها للأرض هذا الحد. فأي ضرر إذن يكفي لحرمانه من هذا الخيار.

٩٣ ـ وإمعانا في السخاء مع من أقام المستحدثات وهو حسن النية، لم يحدد المشرع في المادة/٨٨٣ (تماما كما فعل المشرع المصري) مدة لهذا يستعمل خلالها خياره في نزع هذه المستحدثات، وإلا سقط.

وليس من شأن هذا بطبيعة الحال أن يحقق الاستقرار المطلوب، لأنه يجعل ملكية صاحب الأرض للمستحدثات غير مستقرة من حيث أن مصيرها مرهون بإرادة من أقام المستحدثات يظهرها في أي وقت. وليس يكفي لتبريره، في اعتقادنا، مجرد كون هذا الأخير حسن النية. ولذلك، يكون لمالك الأرض، فيما نرى، أن ينذر من أقام

---

(١) فقد تكون مصلحة من أقام المستحدثات هي في نزعها. ويتحقق ذلك إذا كان لا ينشأ عن هذا النزع تلف كبير لها، وكانت قيمتها بعد النزع أكبر مما يتقاضاه من صاحب الأرض فيما لو اختار استبقاءها، على ما سنرى فيما بعد. ولكنه ـ بطبيعة الحال ـ يكون ملتزما في هذه الحالة بإعادة الأرض إلى أصلها بعد نزع المستحدثات منها. راجع في ذلك السنهوري ص/٢٨٩ بند/١٠٤.

(٢) كما فعل في المادة/٨٨١ التي تواجه حالة البناء على الملك بمواد مملوكة للغير.

(٣) (٤) أنظر: السنهوري ص/٢٨٩، هامش/١، محمد علي عرفه ص/٣٠٢، الصده ص/٣٢١، بند/٢١٠.

المستحدثات بأن يحدد موقفه منها (هل سيطلب نزعها أم سيستبقيها) خلال مدة معقولة يحددها له. فإن تركها هذا الأخير تمضي دون رد، سقط ما كان له من خيار نزع هذه المستحدثات. والمرجع، عند الاختلاف بين الطرفين في معقولية المدة من عدمها، لقاضي الموضوع.

ب ـ التعويض عن استبقاء المستحدثات:

٩٤ ـ فإذا لم يختر من أقام المستحدثات إزالتها، تملك صاحب الأرض هذه المستحدثات مقابل إحدى قيمتين: إما قيمة المواد وأجرة العمل، أو قيمة مازاد في ثمن الأرض بسبب إقامة هذه المستحدثات. وهذا محض تطبيق للقواعد العامة في الإثراء.

٩٥ ـ إنما يجوز ـ بداهة ـ لمالك الأرض، إذا لم يطلب من أقام المستحدثات نزعها، أن «ينزل عن ميزة الالتصاق، فيترك المنشآت لمن أقامها»[1]، حين يقتصر النزول في هذه الحالة على المنشآت دون الأرض التي تقام عليها. وهذه المكنة تثبت له طبقا للقواعد العامة نفسها. ذلك أنه إذا كان يستطيع ـ بموجب هذه القواعد ـ أن يُخرج من ذمته أي حق كان «فأولى ألا يصح جبره على كسب ملكية رغم إرادته»[2]. فإذا ما صدر منه هذا النزول فإنه لا يلتزم بعد ذلك ـ بداهة ـ بشيء نحو صاحب المنشآت[3].

ثانيا: الإستثناءات:

٩٦ ـ إذا كان الأصل، كما قلنا، أن صاحب الأرض باعتبارها الشيء الأصلي، هو الذي يتملك المنشآت التي يقيمها الغير عليها، بمقتضى الالتصاق، فقد خرج المشرع على هذا الأصل، وجعل الأرض هي التي تملك لمن أقام المنشآت، وذلك في حالتين:

أ ـ الحالة الأولى (م/ ٨٨٣ـ٢):

٩٧ ـ وهي تواجه فرض ما لو كانت المنشآت التي أقامها الباني حسن النية على أرض غيره قد بلغت من الجسامة حدّا بحيث يرهق مالك الأرض أن يؤدي التعويض

---

(١) (٢، ٣) أنظر، الصدة ص/٣٢١ بند/ ٢١٠، وأحكام القضاء المصري العديدة المشار إليها فيه هامش/٣، وكذلك الفقه الفرنسي المشار إليه فيه هامش/٢، وقارن: محمد كامل مرسي جـ/٣ بند/٨٩.

عنها للباني[1]، إذا لم يختر هذا نزعها.

عندئذ، يجيز المشرع لمالك الأرض أن يطلب تمليك أرضه لمن أقام هذه المنشآت[2].

٩٨ ـ ويكتفي المشرع هنا بأن يكون التعويض مرهقا لمالك الأرض، ولا يستلزم أن يكون دفعه مستحيلا عليه. وهي مسألة يستقل القاضي بتقديرها وفق ظروف كل حالة.

ويقدر الإرهاق بمعيار ذاتي (شخصي)، بمعنى أن العبرة فيه تكون بظروف مالك الأرض المالية نفسه.

والغالب أن يتحقق هذا الإرهاق إذا كانت قيمة المنشآت أكبر من قيمة الأرض ذاتها. ولكن ذلك ليس بشرط. فيجوز تحقق الإرهاق ولو كانت قيمة المنشآت مساوية أو حتى أقل من قيمة الأرض، إذا كانت ظروف صاحب الأرض المالية لا تمكنه من دفع ما هو مستحق عليه بسهولة. ولذلك فإنه إن جاز للقاضي أن يسترشد بكبر قيمة المنشآت بالمقارنة لقيمة الأرض كأمارة تساهم مع غيرها في تكوين عقيدته بأن التعويض سيكون مرهقا لمالك الأرض في ضوء مجموع ظروف هذا الأخير المالية، إلا أنه لا يجوز له أن يقف عند كبر هذه القيمة، وحده، كمعيار موضوعي للقول بتوافر الإرهاق[3].

٩٩ ـ وقد نبهت محكمة النقض المصرية، بحق، إلى أن رخصة تمليك الأرض لمن أقام المنشآت، هي رخصة خولها القانون لصاحب الأرض، وترك استعمالها لمطلق اختياره، فليس لمن أقام المنشآت أو لدائنيه أن يجبروه على استعمالها[4]. ولازم ذلك، ألا يكون بوسع المحكمة، بدورها، أن تقضي، من تلقاء نفسها بتمليك الأرض لمن أقام المنشآت، إذا لم يطلب مالك الأرض ذلك.

لكن، هل يجوز، على العكس، للمحكمة أن ترفض طلب صاحب الأرض تمليك أرضه لمن أقام المنشآت.

يجيب الأستاذ السنهوري على ذلك بالنفي، انطلاقا مما يراه من أن تملك صاحب

---

(١) وهو كما رأينا، قيمة المواد وأجرة العمل، أو ما زاد في قيمة الأرض بسبب ما أقيم عليها من منشآت (م/٨٨٣ـ١).

(٢) وذلك في نظير تعويض عادل كما سنرى.

(٣) في هذا المعنى، السنهوري ص/٢٩٠،٢٩١، هامش/١ وقرب الصده ص/٣٢٣ بند/٢١٢، وعكس ذلك: محمد علي عرفه ص/١٠٦ بند/٥٨ هامش/١.

(٤) نقض ١٩/٦/١٩٦٩ (مجموعة خلف ٥٥٨ـ٢١٨).

المنشآت للأرض إنما يتم بإرادة صاحب الأرض المنفردة[1]. فيما يرى البعض الآخر أن المسألة جوازية للمحكمة، «فالقانون اكتفى بإعطاء صاحب الأرض الحق في طلب هذا التمليك. فإذا لم يوافق صاحب المنشآت، فإن الأمر يعود إلى المحكمة»[2].

وليس من شك في أن الرأي الأخير هو الذي يستجيب لحرفية النص. كما أنه يكون هو الحل الأعدل في بعض الحالات، وأعني بذلك تحديدا، الفرض الذي يكون فيه أساس حسن نية من أقام المنشآت هو سبق حصوله على ترخيص من مالك الأرض في إقامتها[3]، والتزام من أقام المنشآت بحدود هذا الترخيص وعدم تجاوزه.

١٠٠ ـ وأيا ما كان الأمر فإن تمليك الأرض لمن أقام المنشآت، استعمالا للرخصة المقررة لمالك الأرض على ما تقدم، إنما يكون ـ طبقا لصريح النص ـ في نظير تعويض عادل. وذلك إشارة إلى سلطة القاضي في عدم التقيد بالقواعد العامة في تقدير التعويض وفي مرعاة ظروف الحالة المعروضة عليه.

ب ـ الحالة الثانية (م/ ٨٨٥):

١٠١ ـ وهي تواجه فرض ما لو «كان مالك الأرض، وهو يقيم عليها بناء، قد جار بحسن نية على جزء يسير من الأرض الملاصقة». وفيه تجيز المادة/ ٨٨٥ «للمحكمة أن تحكم بتمليكه (أي الباني مالك الأرض) الجزء المشغول بالبناء نظير مقابل عادل»[4][5].

ووجه الخصوصية في هذه الحالة، أن الباني يبني أصلا في ملكه، ولكنه تجاوز حدود ملكه وشغل جزءا من أرض جاره الملاصقة، بالبناء، وبحسن نية. وغالبا ما يكون ذلك نتيجة خطأ في القياس.

وواضح أنه لو أعملنا أحكام الالتصاق بصفة مطلقة على هذه الحالة لأدى ذلك إلى نتائج غير مقبولة. إذ مقتضى هذه الأحكام أن يكون الباني بالخيار بين أن يزيل ما بناه

---

(١) أنظر: السنهوري ص/ ٢٩١ بند/ ١٠٤.

(٢) محمد لبيب شنب ص/ ٧٢ بند/ ٧١.

(٣) وبإفتراض أن هذا الترخيص غير مقترن باتفاق بينهما بشأن هذه المنشآت، وإلا طبق الاتفاق، واستبعدت أحكام الالتصاق أصلا.

(٤) ويقابلها في القانون المصري المادة/ ٩٢٨.

(٥) راجع من تطبيقات القضاء لهذه الحالة، نقض مصري ١٩٧٤/١٢/٣١ (مجموعة خلف ٥٦١ـ٢١٩).

في ملك جاره، أي يزيل جزءا من المبنى الـذي أقـامه، أو يتملك صاحب الأرض المجاورة الجزء الذي أقيم من المبنى على أرضه فيصبح شريكا في المبنى.

وتفاديا لهذه النتائج غير المقبولة أعطى النص للمحكمة الحق في أن تحكم بتمليك الباني الجزء الذي أقام عليه المبنى من أرض جاره جبرا على مالك الأرض، وذلك مقابل تعويض عادل تقدّره المحكمة وفقا للظروف.

١٠٢ ـ وإزاء منطقية هذا الحل، وعمليته، فإن جانبا من الفقه الفرنسي سبق أن نادي بوجوب الأخذ به هناك، حيث لا تتضمن المجموعة المدنية الفرنسية نصا مماثلا. وهم يطلقـون على هذه الحـالة وصف الالتصاق الأفقي l'accession horizontale لمصلحة الباني[1]. إشارة فيما يبدو إلى أن هذا الأخير يكسب بمقتضى الالتصاق الأفقي بأرضه، ذلك الجزء اليسير الملاصق لها من أرض الجار، الذي وقع عليه الجزء من المبنى.

١٠٣ ـ ويظهر من نص المادة/ ٨٨٥ سابق الذكر:

١ ـ أن حكمه لا يتسع لأية إنشاءات من أي نوع يقع جزء منها في أرض الجار، وإنما يلزم أن تكون هذه الإنشاءات، على وجه التحديد، مبان.

٢ ـ أن يكون الجور على أرض الجار بمناسبة قيام مالك الأرض بإقامة بناء عليها، وأن يكون هذا الجور على جزء يسير فقط من أرض الجار. ودون هذين القيدين يصعب ـ في الحقيقة ـ تصور أن يكون الباني حسن النية كما يستلزم النص.

٣ ـ أن المقابل الذي يحكم به للجار يجب أن يكون هو المقابل العادل. إشارة من المشرع إلى عدم تقيد القاضي بضوابط التعويض في القواعد العامة، وإنما له أن يقدر هذا المقابل بما يراه ملائما في ضوء ظروف الحالة المعروضة عليه. فلا يعتد فيه فحسب بقيمة الجزء من الأرض المشغول بالبناء، وإنما يراعي أيضا مقدار ما أصاب الجار من ضرر بسبب حرمانه من الجزء من أرضه الذي صار تمليكه للباني.

٤ ـ أن الحكم المقرر به جوازي للمحكمة، لها أن تقضي به أو ترفضه. وهو ما يفتح الباب واسعاً أمام العديد من الاجتهادات حول ما يتعين على القاضي أن يطبقه على

---

(١) من هذا الاتجاه: رينو (في مارتي ورينو) ص/ ١٧٨ بند/ ١٣٤.

PLANCQUEEL (A): Notes S 1956 - 185, 1960-172.

وعكس ذلك، وأن بإمكان الجار المطالبة بالهدم حتى ولو كان الباني حسن النية: أو بري ورو وبارتان، ونقض فرنسي ٢٦/ ٧/ ١٨٤١ مشار إليهم في رينو السابق ص/ ١٧٨ هامش/ ٧.

هذه الحالة إن لم ير الأخذ بالحكم المقرر في هذا النص[1].

خاتمة المطلبين:

١٠٤ - ويبقى في ختام هذين المطلبين اللذين عالجنا فيهما حالة البناء (أو الغراس) في الملك بمواد مملوكة للغير (م/٨٨١) وحالة *البناء (أو الغراس) في أرض الغير* بمواد مملوكة للباني (م/٨٨٢)، (م/٨٨٣)، أن نشير إلى أمرين:

الأول:

أن الأحكام السابق بيانها فيهما، وعلى ما أفصحت به المذكرة الإيضاحية، لا تسرى بالنسبة لما يقام على أرض الغير من منشآت صغيرة لا يقصد بقاؤها على الدوام، كالشبرات والحوانيت الخشبية، فمثل هذه المنشآت تكون ملكا لمن أقامها[2].

وبناء على ذلك تطبق القواعد العامة في حق الملكية، سواء بالنسبة لمالك الأرض أو بالنسبة لمالك المنشآت التي أقامها على أرض غيره. ومقتضى هذه القواعد أن يكون لمالك الأرض أن يطلب الإزالة إلا إذا كان قد صرح لمن أقام المنشآة باقامتها لمدة معينة، فليس له طلب الإزالة خلال هذه المدة. كما أن لمن أقام المنشأة أن يزيلها في أي وقت مالم يوجد اتفاق بينه وبين مالك الأرض على أيلولة المنشأة لمالك الأرض في وقت معين.

الثاني:

أنه طبقا للمادة/٨٨٤، «يجوز للمحكمة، بناء على طلب من يلتزم بالمقابل أو التعويض وفقا للمادتين/٨٨٢، ٨٨٣، أن تقرر ما تراه مناسبا للوفاء بها تحكم به. ولها بوجه خاص أن تحكم بأن يكون الوفاء على أقساط دورية بشرط تقديم الضمانات الكافية». وواضح أن النص يقصر التيسيرات المقررة فيه على من يلتزم بالمقابل أو التعويض طبقا للمادتين ٨٨٢/٨٨٣ *فقط*، فلا يفيد منها إذن *مالك الأرض الذي* يلتزم بأن يدفع لجاره مقابلا عادلا نظير ما تملكه من الجزء من أرضه الذي جار عليه بالبناء

---

(١) أنظر: عرض للاجتهادات الفقهية بالغة التباين، وللأحكام القضائية المتضاربة، في شأن حكم هذه الحالة، في فرنسا، حيث لا نص خاص يحكمها في التقنين المدني، في محمود جمال الدين زكي ص/ ٣٦٨، ٣٦٩ بند/٢٠٤ وهوامشه.

(٢) وقد أشرنا في موضع سابق إلى أن نص المادة/٩٢٩ مدني مصري صريح في إخراج أمثال هذه المنشآت الصغيرة من أحكام الالتصاق.

بحسن نية (م/ ٨٨٥). ولعل المشرع قدّر هنا كفاية حصول مالك الأرض (الباني) على ميزة تملك جزء من أرض الجـار، فلم يشأ أن يكون له *أيضا أن يجزيء دفع مقابلها* العادل له على أقساط.

المطلب الثـالث
البناء (أو الغراس) في أرض الغير
بمواد مملوكة لشخص ثالث

الوضع في هذه الحالة، والنص الذي يحكمها:

١٠٥ ـ الفرض في هذه الحالة من حالات الالتصاق، أن شخصا يُحدث بناء أو غراسا أو منشآت أخرى، على أرض غيره، بمواد *مملوكة لشخص ثالث.*

وواضح أن هذه الحالة تختلف عن سابقتها. صحيح أن الباني هنا يبنى أيضا في ملك غيره، لكنه يبنى بمواد ليست مملوكة له وانما مملوكة لشخص ثالث.

لذلك، إذا كان من المفهوم أن تقتصر النصوص، في الحالة السابقة، على تنظيم أحكام العلاقة بين الباني ومالك الأرض، من حيث لا توجد ثمة علاقة أخرى، فإن الوضع هنا مختلف. فالحالة التي نحن بصددها تثير علاقتين أخريتين *هما*، أولا: علاقة مالك المواد بمن أخذها (وبنى بها)، وثانيا: علاقة مالك المواد بمالك الأرض.

وهاتان العلاقتان هما اللتان اقتصرت على تنظيم أحكامها المادة/٨٨٦، من حيث تخضـع علاقـة البـاني (آخذ المـواد) بمالـك الأرض لأحكـام الالتصـاق المقـررة بالمادتين/٨٨٢، ٨٨٣ سابقتي الذكر. تلك الأحكام التي تنعكس، بشكل غير مباشر، كما سنرى، على حقوق صاحب المواد ومالك الأرض، كل في مواجهة الآخر.

١٠٦ ـ فتنص المادة/٨٨٦ على أنه:

«١ ـ إذا أحدث شخص بناء أو غراساً أو منشآت أخرى، على أرض غيره، بمواد مملوكة لشخص ثالث، كان لمالك المواد أن يرجع بالتعويض على من أخذها، كما له أن يرجع على مالك الأرض بما لا يزيد عما بقي في ذمته من قيمة *ما استحدث على أرضه.*

«٢ ـ وإذا كان من أحدث البناء أو الغراس أو المنشآت حسن النية، كان لمالك المواد أن يطلب نزعها إذا لم يلحق ذلك بالأرض ضرراً».

أحكام هذه الحالة من حالات الالتصاق:

أ ـ من حيث حقوق صاحب المواد في مواجهة من استخدمها (الباني):

١٠٧ ـ بناء على نص المادة/٨٨٦ سابق الذكر، وأحكام القواعد العامة، إذا كان من أخذ المواد (الباني) في علاقته بصاحب الأرض، سيء النية، وأجبر على نزع المواد[١]، أو كان حسن النية واختار هو نزعها[٢]، فيكون لمالك المواد أن يستردها منه، مع التعويض إن كان له مقتض. ذلك أن استردادها وحده قد لا يكون كافيا في بعض الأحيان لجبر الضرر الذي أصاب مالكها من جراء استخدامها في البناء ثم نزعها، كما لو تلفت، جزئيا، مثلا أثناء النزع، أو ثبت أن مالكها كان بحاجة ماسة لها في الفترة التي استمرت فيها مندمجة بالأرض بحيث ترتب على حرمانه منها ضرر أصابه.

١٠٨ ـ أما إذا كان مالك الأرض قد تملك المنشآت بالالتصاق، فيكون لمالك المواد، وقد فقد مواده، أن يرجع، بقيمتها، أصلا على من استخدمها. ذلك هو مقتضى القواعد العامة في المسئولية، وما يستخلص كذلك من نص المادة/٨٦٦ التي تجعل لصاحب المواد الرجوع ـ بوجه عام ـ على من استخدمها، بالتعويض. وإلى جانب هذه القيمة يكون له أن يرجع عليه بالتعويض بسبب فقدانه ملكيته لها، إن كان لذلك وجه.

ب ـ من حيث حقوق صاحب المواد في مواجهة مالك الأرض:

١٠٩ ـ إذا كان مالك الأرض قد تملك المنشآت، فوفقا للقواعد العامة لا يكون لمالك المواد أن يرجع عليه بشيء، إلا بالدعوى غير المباشرة.

لكن المشرع لم يكتف بذلك، وإنما جعل لصاحب المواد، بصريح نص المادة/٨٦٦، أن يرجع مباشرة على مالك الأرض بما له من تعويض قبل من أقام المنشآت، وذلك في حدود ما بقي[٣] في ذمة مالك الأرض في نظير تملكه لما استحدث على أرضه[٤].

---

(١) إعمالا للمادة ٨٨٢.

(٢) إعمالا للمادة ٨٨٣.

(٣) (٤) ولذلك، فإن من حسن التصرف أن يسارع مالك المواد بإنذار صاحب الأرض بعدم الوفاء بما هو مدين به لمن أقام المنشآت (نظير تملكه لما استحدث في أرضه)، لأن له هو، في مواجهة من أقام المنشآت حقا في التعويض (حيث أقيمت هذه المنشآت بمواده). وفي هذه الحالة يمتنع على صاحب الأرض الوفاء بها عليه لمن أقام المنشآت.

١١٠ ـ إلى هذا، وخلافا لحكم القانون المصري الذي لا يجيز لمالك المواد طلب استردادها[١]، تعطى المادة/٨٦٦ كذلك لمالك المواد ـ إذا كان من أحدث البناء أو الغراس حسن النية ـ أن يطلب نزعها إذا لم يلحق ذلك بالأرض ضررا.

وأساس هذا الخيار، أن من أقام المنشآت، له أصلا ـ بمقتضى حسن نيته ـ أن يطلب نزعها[٢]؛ فيستطيع ـ بالتالي ـ مالك المواد أن يطلب ذات الطلب بطريق الدعوى غير المباشرة طبقا للقواعد العامة. فرأى المشرع عدم الاكتفاء بهذه الدعوى وأعطى مالك المواد دعوى مباشرة يمكنه بها أن يطلب نزع مواده. وليس لصاحب الأرض أن يتضرر من ذلك طالما أن من أقام المنشآت يستطيع النزع.

---

(١) تأسيسا ـ في نظر البعض ـ على أن حق صاحب الأرض قد تعلق بهذه المواد. أنظر في هذا التأسيس: الصده ص/٣٤٣ بند/٢٢٢.

(٢) بمقتضى المادة/٨٨٣.

المبحث الثالث
التصاق المنقولات
L'accession mobilière

صور التصاق المنقول بالمنقول:

١١١ - في هذا الفرض من فروض الالتصاق، يندمج منقولان (أو أكثر)، مملوكان لشخصين مختلفين (أو أكثر) بحيث لا يمكن فصلهما دون تلف. ويأخذ هذا الاندماج إحدى صور ثلاث:

١ - الضم: adjonction : وفيها يتحد المنقولان، فيكوّنان شكلا واحدا. ولكن يمكن مع ذلك التمييز بينهما[١]. كوضع صورة في إطار، أو ترصيع سوار بأحجار كريمة[٢].

٢ - المزج: mélange : وفيها يختلط المنقولان بحيث لا يمكن تمييز أحدهما عن الآخر، كامتزاج سائلين ببعضهما.

٣ - التحويل: specification : وفيها يترتب على الاندماج وجود شيء جديد مغاير لكلٍّ من المنقولين، كتحويل الدقيق والسمن إلى فطائر. ويُدخل الفقه الفرنسي تحت هذه الصورة، وجود شيء جديد على أثر اندماج منقول بجهد أو بعمل. ومثالها، تحول الأقشمة والألوان إلى لوحة فنية على يد (أو بجهد) رسام.

---

(١) أو على حدّ تعبير رينو: «quoique demeurant reconnaissables et separables».
المرجع السابق ص/٥١٥ بند/٤١٢.
أو كما عبر شاباس «gardant leur identité» المرجع السابق ص/٣١٥ بند/١٦١٠.

(٢) أنظر في أمثلة أخرى، من تطبيقات القضاء الفرنسي:
Tr. civ. Bayonne 17,2,1948 S 1948 - 2 - 150

نُدرة كسب ملكية المنقول على أساس التصاقه بمنقول آخر:

١١٢ - ويندر في الوقت الراهن أن يكون الالتصاق أساساً لكسب صاحب منقول ملكية منقول التصق به مملوك لآخر. ذلك أن الالتصاق يفترض - كما بينا - أن يكون المنقولان المندمجان مملوكين لشخصين مختلفين، فيملك صاحب أحدهما المنقول الآخر الذي التصق به. بيد أن قاعدة الحيازة في المنقول سند الملكية، التي تأخذ بها معظم الشرائع المعاصرة ومنها القانون الكويتي، من شأنها أن تؤدي - في الأعم الأغلب - إلى أن يكون مالك أحد المنقولين قد سبق، بحيازته للمنقول الآخر، أن اكتسب ملكية هذا الأخير بمقتضى الحيازة نفسها، فلا يتحقق الالتصاق بعد ذلك بين المنقولين. ولا نقول - كما يقول البعض[1] - فلا يعد مالك المنقول بحاجة إلى قواعد الالتصاق للتمسك بملكية المنقول الآخر[2].

لذلك تضاءلت إلى حد كبير أهمية الالتصاق كسبب لكسب الملكية في نطاق المنقولات، على عكس ما كانت عليه في القانون الروماني حيث لم تكن روما تعرف قاعدة الحيازة في المنقول سند الملكية[3]، ولم يعد يعمل، تقريبا، إلا حيث لا تعمل هذه القاعدة لعدم توافر شروطها.

حكم التصاق المنقولات (سلطة القاضي التقديرية):

١١٣ - إذا لم يتملك صاحب أحد المنقولين المنقول الآخر بمقتضى الحيازة، ولم يوجد اتفاق بين المالكين، تثور عندئذ مسألة الالتصاق. غير أن المشرع لم يشأ أن يضع قاعدة عامة تحكم هذا النوع من الالتصاق، بل ترك الأمر لسلطة القاضي التقديرية ليقضي فيه مراعياً «الضرر الذي حدث، وحالة الأطراف، وحسن أو سوء نية كل منهم» (م/٨٨٧)[4][5]. فقد يعتبر - مثلا - أحد المنقولين أصلا ويملِّك صاحبه المنقول التابع

---

(١) (٢) أنظر محمود جمال الدين زكي ص/٣٧٢ بند/٢١٣.

(٣) راجع محمود جمال الدين زكي الموضع السابق، ص/٣٠٨.

(٤) ويقابلها في مصر المادة/٩٣١.

(٥) أما القانون الفرنسي، فقد وضع حلولاً تفصيلية للالتصاق بين المنقولات، نوجزها هنا على أنها امثلة لما يمكن أن يحكم به القاضي الكويتي، إعمالا لسلطته التقديرية المشار إليها:

فطبقا للمادة/٥٦٦ (معدلة بقانون ١٧ مايو ١٩٦٠)، إذا كان المنقولان رغم *انضمامها*، يمكن *الفصل* بينهما بحيث يمكن أن يستقيم كلاهما دون الآخر، يكون المكوّن جميعه ملكا لصاحب المنقول الذي يشكل =

مع تعويض مالك هذا الأخير. وقد يرى قسمة الخليط بين المالكين كل بنسبة حصته إن كان ذلك ممكناً. وقد يجعل ملكية الخليط شائعة بين المالكين. وقد يحكم ببيعه وقسمة ثمنه بين المالكين... الخ.

الجزء الأساسي فيه، مقابل دفع قيمة المنقول الآخر لصاحبه، مقدرة يوم الوفاء. ويعد جزءا أساسيا (طبقا للمادة/٥٦٧)، الجزء الذي ما اتحد به الآخر إلا من أجل إعداده للاستعمال أو لتكملته أو لتجميله. ومع ذلك، فإذا كان الشيء غير الأساسي أقيم بكثير من الشيء الأساسي، وكان قد استخدم بدون علم مالكه، فإن لهذا أن يطالب بفصل المكوّن حتى يسترد منقوله، حتى ولو كان يترتب على ذلك أن تقل بعض الشيء قيمة الشيء الذي اتحد به (م/٥٦٨). أما إذا كان المنقولان اللذان اتصا فكوّنا وحدة واحدة، لا يمكن أن يُنظر لأحدهما على أنه العنصر الأساسي في هذا المكوّن، وللآخر على أنه العنصر الثانوي، طبقا للمعيار السابق، فإنه يعتبر أساسياً المنقول الأكبر قيمة، فإن تقاربا في القيمة فالأكبر حجماً (م/٥٦٩).

وفي حالة ما إذا كان أحد عنصري المكوّن، مادة، والآخر عملاً (أو جهداً)، فالأصل أن يكون لمالك المادة ملكية هذا المكون مع دفع ثمن العمل أو الجهد المبذول مقدرا يوم الوفاء (م/٥٧٠). أما إذا كانت أهمية العمل تفوق بشكل محسوس أهمية المادة المستخدمة، اعتبرت الأخيرة هي العنصر الثانوي، ويكون لمن قام بالعمل أن يستبقيها مقابل دفع ثمنها مقدرا يوم الوفاء (م/٥٧١).

وإذا امتزج شيئان، كان المزيج مملوكا على الشيوع بين مالكيهما بنسبة كمية كل منهما أو قيمته (م/٥٧٣-٢) اللهم إلا إذا كان أحد الشيئين يفوق الآخر كثيرا، بصفته أو بثمنه، فيكون المزيج لصاحب هذا الشيء مقابل دفع قيمة الشيء الآخر لمالكه (م/٥٧٤).

أنظر من تطبيقات القضاء الفرنسي: MONTPELLIER 21/12/1922 G.P. 1923-1-242

ولمزيد من التفاصيل في شرح هذه الحلول راجع، شاباس (في مازو) ص/٣١٥ بند/١٦١٠، رينو (في مارتي ورينو) ص/٥١٥ وما بعدها بند/٤١٢.

الفصل الثالث

الشفعـــة

préemption

تمهيـــــد:

في التعريف بالشفعة، وسند شرعيتها، وخصوصيتها كسبب للتمليك:

١١٤ - ورد تعريف الشفعة، كسبب لكسب الملكية، في المادة/٨٩١ مدني، على أنها: «حق الحلول محل المشتري عند بيع العقار أو المنقول. . .».

١١٥ - والشفعة نظام مستمد من الفقه الاسلامي، لا تعرفه، من ثم، القوانين الغربية. ويستند في شرعيته إلى السنة[1].

١١٦ - وهي - من حيث ما تؤدي إليه من تملّك الشفيع للمبيع جبرا عن المشتري - حق يثبت على خلاف الأصل، إذ تنافي قاعدة الرضا في انتقال الملك من شخص لآخر. فهي - من هذا - استثناء من هذه القاعدة، ولكنه استثناء دعت إليه المصلحة. ولهـذا فتنظيم الشفعة في القانون يقوم أساساً على الموازنة بين اعتبارين: الأول، هو احترام الأصـل العام في حرية التصرف وما يقتضيه هذا الأصل من ضرورة الرضا لانتقال الملك. والثاني: هو اعتبار المصلحة التي تتحقق من الأخذ بالشفعة.

١١٧ - وقـد اختلف فقهـاء الشريعـة في بيان أسباب استحقاق الشفعة، وفي الحكمة من شرعها. وقد انعكس هذا الاختلاف على مسلك قوانين البلاد العربية من الشفعـة، فبعض الـدول لم تأخذ بها[2]. ولكن أكثر الدول، ومنها الكويت ومصر، أخذت بها. وإن اختلفت التشريعات في مدى هذا الأخذ سعة وضيقا.

---

(١) ففي البخاري، عن جابر بن عبد الله، رضي الله عنهما، قال: قضى رسول الله ﷺ بالشفعة في كل ما لم يقسم، فإذا وقعت الحدود وصرفت الطرق فلا شفعة.

(٢) كسوريا.

مدى الأخذ بنظام الشفعة في القانون الكويتي:

١١٨ ـ ويختلف المدى الذي ذهب إليه المشرع الكويتي في الأخذ بالشفعة: سواء من حيث أسباب استحقاقها أو من حيث الأموال التي يمكن أن تؤخذ ملكيتها بها، اختلافا جوهرياً عن المدى الذي ذهب إليه المشرع المصري في هاتين الناحيتين:

١١٩ ـ فمن حيث أسباب استحقاقها، أو في عبارة مساوية، من حيث تحديد الأشخاص الذين يحق لهم الأخذ بها، يضيق كثيرا نطاق الشفعة في القانون الكويتي عنه في القانون المصري. ففي الأخير يتسع نطاق الحق في الأخذ بالشفعة ليشمل خمس طوائف من الأشخاص[1]، من بينهم الشريك في الشيوع إذا بيع شيء من المال الشائع لأجنبي. فيما يضيق نطاق هذا الحق، في القانون الكويتي، فينحصر في هذه الطائفة من الأشخاص، وحدها.

وتحديدا، رأى المشرع المدني الكويتي، وعلى العكس من المشرع المصري، استبعاد الجوار بالذات كسبب من أسباب الشفعة[2]. وكان رائده في ذلك ـ كما ورد في المذكرة الإيضاحية ـ أن الحكمة من تقرير الشفعة للجار لم يعد لها في ظروف العصر الحالي من الأهمية ما يستدعي الخروج على الأصل وهو اشتراط الرضا في انتقال الملك[3]. ومع ذلك فقد عثرنا على نص يعتبر من قبيل تقرير الحق في الأخذ بالشفعة للجار، وهو نص المادة/٩ من المرسوم بقانون رقم ١٠٥ لسنة ١٩٨٠ في شأن نظام أملاك الدولة. هذا

---

(١) ذكرتهم المادة/٩٣٦، وعلى سبيل الترتيب الأولوي: وهم:

أ ـ مالك الرقبة، إذا بيع كل حق الانتفاع الملابس لها أو بعضه.

ب ـ الشريك في الشيوع إذا بيع شيء من العقار الشائع إلى أجنبي.

جـ ـ صاحب حق الانتفاع إذا بيعت كل الرقبة الملابسة لهذا الحق أو بعضها.

د ـ مالك الرقبة في الحكر إذا بيع حق الحكر، وللمستحكر إذا بيعت الرقبة.

هـ ـ الجار المالك، في الأحوال الآتية:

١ ـ إذا كانت العقارات من المباني أو من الأراضي المعدة للبناء سواء أكانت في المدن أم في القرى.

٢ ـ إذا كانت للأرض المبيعة حق ارتفاق على أرض الجار، أو كان حق ارتفاق لأرض الجار على الأرض المبيعة.

٣ ـ إذا كانت أرض الجار ملاصقة للأرض المبيعة من جهتين وتساوي من القيمة نصف ثمن الأرض المبيعة على الأقل.

(٢) ولعله استرشد في ذلك بأن الجوار كسبب من أسباب الشفعة لم يأخذ به من المذاهب الإسلامية سوى المذهب الحنفي دون باقي المذاهب.

(٣) أنظر المذكرة الايضاحية للقانون المدني الكويتي تعليقا على النصوص المنظمة للشفعة.

المرسوم الذي ينظم، من بين ما ينظم، طريقة بيع هذه الأملاك. إذ تقضى هذه المادة بأنه: «في الحالات التي يكون فيها الجزء المباع متمما لعقار مجاور، تكون أولوية شرائه لمالكه...»[1]. وهذا النص يوقعنا في حيرة شديدة لانخفيها، عندما نقربّه من مجموع النصـوص المنظمة للشفعة في المجموعة المدنية، لا فيما قرره من حق الأخذ بالشفعة للجار[2]، فلعله في ذلك يكون استثناء على الأصل المقرر في هذه المجموعة، وإنما لأن المادة/٦ من ذات المرسوم توجب أن يكون بيع أملاك الدولة بطريقة المزاد العلني أصلاً، فيما تقضى المادة/٨٩٣-١ من المجموعة المدنية صراحة بأنه: «لا شفعة إذا تم البيع بالمزاد العلني...»[3].

١٢٠ - أمـا من حيث الأمـوال التي يجوز أن تكسب ملكيتهـا بالأخذ بالشفعة فيتسع، على العكس، نطاق الشفعة في القانون الكويتي عنه في القانون المصري، من حيث يقتصر في الأخير على العقارات فقط، فيما يشمل في الأول كلا من العقار والمنقول على السواء.

وهذا التوسع مفهوم في الحقيقة. ذلك أنه إذا نظرنا إلى المسألة على ضوء الحكمة من تقرير الشفعة في الحالة التي أخذ بها المشرع الكويتي، لا يظهر أي مبرر للتفرقة بين العقـار والمنقـول، ففي جميع الأحـوال تكـون الحكمـة هي منـع دخول أجنبي بين الشركاء[4]. وهذه الحكمة تقتضي الأخذ بالشفعة عند بيع العقار أو المنقول على السواء. بل قد يكون إثبات الحق في الأخذ بالشفعة عند بيع بعض المنقولات أولى منه عند بيع العقارات، كما هي الحال عندما يبيع أحد الملاك على الشيوع في المحل التجاري حصته الشائعة.

وإلى هذا، فقـد أمكن للمشرع الكـويتي بهذا التوسع أن يجمع بين ما يعرف في

---

(١) «فإذا كان هذا معسرا جاز - بعد العرض على مجلس الوزراء - تقسيط ثمن البيع له بحيث لا تجاوز مدة التقسيط خمس سنوات، وألاّ يقل المقدم المدفوع عن ٢٥٪ من الثمن».

(٢) الذي يشفع هنا من الراسي عليه المزاد.

(٣) فنجـد أنفسنا هنا أمام مظهر من مظاهر التناقضات التي توجد بين بعض نصوص التشريعات الكويتية أحيانا. أنظر: محمد شكري سرور: تأملات في بعض متناقضات التشريعات الكويتية، مجلة الحقوق، السنة السابعة عشرة (العدد الأول والثاني، مارس - يونيه ١٩٩٣) الصفحات من ١١١ - ١٢٩.

(٤) وليس كما يقول واضع المذكرة الايضاحية «جمع ما تفرّق من عناصر الملكية»، فهذه الحكمة تصدق على حالة تقرير الشفعة لمالك الرقبة إذا بيع حق الانتفاع الملابس لها، أو تقريرها لصاحب حق الانتفاع إذا بيعت الرقبة الملابسة له. بيد أن القانون الكويتي لا يقرر الحق في الشفعة في هذه الحالات.

القانون المصري بحق استرداد الحصة الشائعة[1]، والشفعة، في تنظيم واحد، لأن حق الاسترداد هو في حقيقته شفعة.

الطبيعة القانونية للشفعة:

١٢١ ـ ذكرنا أن المشرع الكويتي عرف الشفعة (في المادة/٨٩١) بأنها «حق...»، وتجنب تعريفها بأنها «رخصة» كما فعلت بعض التشريعات ومنها القانون المصري.

وقيل في تبرير ذلك، أن «مصطلح رخصة لا يزال في علم القانون غير منضبط، ويستخدم في أكثر من معنى»[2].

والحقيقة أن طبيعة الشفعة محل خلاف[3]. وقد ثار هذا الخلاف أصلا بمناسبة تحديد مدى جواز التوارث فيها. فمن قائل بأنها مجرد رخصة (أو خيار)، إلى قائل بأنها حق[4]. والقائلون بأنها حق، ذهب بعضهم إلى أنه حق عيني، وذهب البعض الآخر إلى أنه حق شخصي، مفهوم هنا لا بمعناه التقليدي كمقابل للحق العيني وإنما بمعنى أنه حق متصل بشخص الشفيع. بينما رأى آخرون أن الشفعة ليست بحق عيني ولا حق شخصي، بل هي ليست بحق أصلا. إنما الشفعة سبب لكسب الحق[5]. والفرق واضح بين الحق نفسه وبين سبب من أسباب كسبه[6]. وتبدأ الشفعة عند أنصار هذا التحليل الأخير، بأن يوجد الشفيع في مركز قانوني تهيأت له أسباب وجوده فيه (ككونه ـ مثلا ـ في القانون الكويتي شريكا في مال شائع ثم يباع حصة من هذا المال لأجنبي)، فتنشأ له بذلك رخصة تخوله الحق في أن يتملك المال المشفوع فيه بإرادته المنفردة، وذلك

---

(١) وهو حق يثبت للشريك في المنقول الشائع أو في المجموع من المال، بموجبه يكون له أن يسترد قبل القسمة الحصة الشائعة التي باعها شريك غيره لأجنبي (م/٨٣٣).

(٢) أنظر المذكرة الايضاحية للقانون المدني الكويتي تعليقا على نصوص الشفعة.

(٣) أنظر عرض مفصل لهذا الخلاف في: السنهوري ص/٤٤٥-٤٥٢ بند/١٦٢ والهوامش. وانظر في التكييف القانوني للشفعة، إبراهيم الدسوقي، التكييف القانوني للشفعة، مقال بمجلة المحامي السنة ١٢ يونيه ١٩٨٩.

(٤) راجع في تفاصيل التفرقة بين الحق والرخصة: محمد شكري سرور، النظرية العامة للحق، المرجع سابق الاشارة ـ الصفحات من ٢٨-٣٠ بند/١٢،

CARBONNIER (jean), Droit civil To:1 paris 1971 p. 148 et s. no. 40

(٥) (٦) من هذا الرأي: السنهوري ص/٤٧٧ بند/١٦٢، وفي هذا المعنى أيضا قيل بأن الشفعة «ليست إذن سوى طريقة لاكتساب الملكية، شأنها في ذلك شأن البيع، وهو ليس حقا عينياً بل هو طريقة لاكتساب =

بأن يعلن رغبته في الأخذ بالشفعة[1].

تقسيـــــم:

بعد هذا التمهيد، نوزع الدراسة في الشفعة على أربعة مباحث: نعرض في الأول لشروط الأخذ بها، وفي الثاني لإجراءاتها، وفي الثالث لمسقطاتها، وفي الرابع والأخير لما يترتب عليها من آثار.

= الملكية وليس حق الشفعة بأقوى من البيع، مع أن البيع لم يوصف في وقت ما بأنه حق عيني». قول منسوب لأحد أعضاء لجنة مجلس الشيوخ المصري، إبان وضع مشروع التقنين المدني الحالي، مشار إليه في مجموعة الأعمال التحضيرية جـ/٦، ص/٣٥٣ في الهامش.

(١) أنظر: السنهوري ص/٤٤٨ وما بعدها بند/١٦٢.

المبحث الأول

شروط الأخذ بالشفعة

تقسيم:

شروط الأخذ بالشفعة متعددة: فمنها ما يتعلق بطالب الشفعة، ومنها ما يتعلق بالتصرف المشفوع فيه، ومنها ما يتعلق بالمشفوع منه (المشتري)، ومنها أخيرا ما يتعلق بالمال المشفوع فيه.

ونخصص لكل من هذه الشروط مطلباً مستقلا.

المطلب الأول

الشروط التي تتعلق بطالب الشفعة

تعداد:

١٢٢ - تتعدد الشروط التي تتعلق بطالب الشفعة. حيث يتعين أول ما يتعين أن تثبت له الصفة التي تخوله، قانوناً، حق طلب الشفعة. كما يتعين أن تكون هذه الصفة ثابتة له وقت البيع الذي يشفع فيه، وأن تظل ثابتة له حتى تمام الأخذ بالشفعة. كما يجب ألا تكون الشفعة ممتنعة عليه، قانوناً، لسبب خاص.

ونفصل فيما يلي هذه الشروط تباعاً. مكتفين، فيما يتعلق بأهلية الشفيع بالتنويه إلى وجوب أن تتوافر فيه الأهلية اللازمة للأخذ بالشفعة وهي أهلية التصرف، لأن الشفيع، بإرادته، يحل بمقتضى الشفعة محل المشتري في البيع الذي أبرمه، فيكون للشفعة بالنسبة له أثر البيع[1].

(١) وإذا كان من يراد له الأخذ بالشفعة صغيرا أو موصى عليه أو محجورا عليه أو غائبا، جاز لوليه أو وصيه أو القيم عليه أو الوكيل عنه، أن يأخذ بالشفعة نيابة عنه، في الحدود التي يعينها القانون.

أولا : أن تثبت لطالب الشفعة الصفة التي تخوله قانونا حق الأخذ بالشفعة :

حصر الشفعاء في طائفة الشركاء في الشيوع (م/ ٨٩٢) :

١٢٣ ـ يثبت الحق في الشفعة ـ في القانون الكويتي ـ لطائفة محددة من الأشخاص، وهم الشركاء في مال شائع. فتقضى المادة/٨٩٢ـ١ بأنه: «يثبت الحق في الشفعة للشريك في الشيوع إذا بيعت حصة من المال الشائع لغير الشركاء».

وهكذا، يجب، أول ما يجب، أن تكون لطالب الشفعة صفة الشريك في مال شائع حتى يمكنه الأخذ بالشفعة.

١٢٤ ـ والحكمة من تقرير الحق في الشفعة لهذه الطائفة من الأشخاص واضحة، وهي منع دخول أجنبي بين الشركاء قد لا يرتضونه. ولذلك يشترط النص صراحة أن يكون بيع الحصة الشائعة لواحد من غير الشركاء. وعلى ذلك، فلا يجوز لشريك في شيوع، بيعت حصة منه لشريك آخر، أن يشفع في هذا البيع.

١٢٥ ـ فإن توافرت هذه الصفة، فلا يهم بعد ذلك كون الشفيع شخصاً طبيعياً أو شخصاً اعتبارياً (باستثناء الوقف كما سنرى في موضع لاحق). كما لا أهمية لمقدار الحصة التي يستند إليها الشفيع في طلب الشفعة بالمقارنة للحصة المبيعة.

إنما يلزم أن يكون الشفيع شريكا في ذات المال الذي يريد ـ بالشفعة ـ أن يأخذ الحصة المبيعة منه. وعلى ذلك فلا يجوز ـ مثلا ـ لشريك في مجرى للرى يشق الأرض المبيعة، أو لشريك في حائط فاصل بين ملكه وملك الجار، أن يستند إلى هذه الصفة، للشفعة في بيع الأرض أو بيع ملك الجار، لأن حقه الشائع يقتصر على المجرى أو على الحائط.

فإن توافر الشرط السابق، استوى بعد ذلك أن يكون الشيوع (الذي يستند الشفيع إلى كونه أحد الشركاء فيه) هو شيوع في ملكية تامة، أو شيوع في ملكية رقبة فقط أو في حق انتفاع فقط. ففي الحالتين الأخيرتين أيضا، إذا بيعت حصة شائعة في أي منهما، لأجنبي، جاز للشريك في الشيوع أن يأخذها بالشفعة.

لكن لا يجوز لشريك في ملكية الرقبة أن يشفع في بيع حق الانتفاع الملابس لها، ولا للشريك في حق الانتفاع أن يشفع في بيع حق الرقبة الملابس له. فتلك حالات من حالات الشفعة أخذ بها القانون المصري ولم يأخذ بها القانون الكويتي.

مشكلة الشفعة في بيع الطبقات والشقق:

۱۲٦ - وفي خصوص تعدد ملاك الطبقات أو الشقق في المبنى الواحد، يثور التساؤل عن مدى إمكان أخذ الطبقة (أو الشقة) التي يبيعها أحد الملاك، من قبل مالك آخر، على أساس من الاشتراك في الشيوع[1].

وخصوصية ملكية الطبقات أو الشقق، أن مالك كل طبقة أو شقة، إن كان يمتلكها ملكية مفرزة، هذا صحيح، إلا أن في مجموع البناء ما يعرف بـ الأجزاء المشتركة، كالمداخل والأفنية والأسطح . . . الخ، التي يكون الانتفاع بها للمالكين جميعاً. كما أن مالك كل طبقة أو شقة يكون له - عادة - نسبة في ملكية الأرض المقام عليها البناء.

۱۲۷ - بعض الشراح يجيب على تساؤلنا السابق بالنفي[2] فيما يجيب البعض الآخر بالإيجاب، لأن «أبنية الطبقات (أو الشقق) تقوم كلها على الأرض، والأرض تعتبر ملكا شائعا لجميع ملاّك الطبقات (أو الشقق). . . فصاحب الطبقة (أو الشقة) إذا باعها، إنما يبيع معها حصته الشائعة في الأرض التي أقيمت عليها طبقته (أو شقته) فيشفع الشركاء الآخرون كل بحصته الشائعة في الأرض، في الطبقة (أو الشقة) التي بيعت»[3].

ويدعم أنصار الاتجاه الأخير وجهة نظرهم بالقول بأنه، إذا كانت الشركة في الشيوع الاختياري تصلح أساساً للأخذ بالشفعة إن بيعت حصة من المال الشائع لأجنبي، فمن باب أولى الشركة في شيوع إجباري[4]. وهم يشيرون بذلك إلى مجموعة النصوص التي تقيم هذا النوع الأخير من الشيوع، وهي في مجملها لا تختلف في القانون المصري عنها في القانون الكويتي.

فمالك الجزء المفرز - في أمثال هذه الأبنية - «يعتبر مالكاً حصة شائعة في الأجزاء المشتركة . . .» (م٨٤٨-٢). «وتشمل الأجزاء المشتركة بوجه خاص . . الأرض المقام

---

(۱) وفي بعض القوانين التي تجعل من الجوار في الملك سببا ممكناً للأخذ بالشفعة، كالقانون المصري، قد لا يكون مالك الطبقة أو الشقة بحاجة إلى فكرة الاشتراك في الشيوع كأساس لأخذ الطبقة أو الشقة المبيعة بالشفعة، إذا كانت هذه تجاور طبقته أو شقته تجاورا رأسيا أو أفقيا. إنما يظل التساؤل المطروح في المتن قائما، في هذه القوانين، فيما لو لم يكن هناك تجاور بهذا المعنى.

(۲) من هذا الرأي: محمد كامل مرسي بند/۲۲٥.

(۳) (٤) في هذا المعنى: السنهوري ص/٥٦٩، ٥٧٠ بند/١٨٥، وقرب: محمد علي عرفة ص/٤٢٤ بند/٢٤٢.

عليها البناء» (م/٨٤٩-١). «والأجزاء المشتركة لا تقبل القسمة، ولا يجوز للمالك أن يتصرف في حصة منها مستقلة عن الجزء الذي يملكه مفرزا. والتصرف في الجزء المفرز يشمل حصة المتصرف في الأجزاء الشائعة» (م/٨٥٢).

وقد أيدت محكمة النقض المصرية الاتجاه الأخير، حملا على ذات الأسباب[1].

١٢٨ ـ والحقيقة، أن هذا الاتجاه الأخير محل نظر، من عدة وجوه:

فهو ـ من جهة أولى ـ لا يستجيب لصريح النص الذي يقرر الحق في الشفعة للشريك في الشيوع، والذي يقصره على حالة ما «إذا بيعت حصة من المال الشائع لغير الشركاء». بما يعني أن التصرف المجيز للشفعة هو التصرف في الحصة الشائعة ذاتها. حين أن التصرف هنا ينصب على الطبقة أو الشقة (وهي وحدة مفرزة). صحيح أن التصرف في هذه أو تلك يشمل حصة المتصرف في الأرض. لكن البيع انصب أصلاً على الطبقة أو الشقة. وإلحاق الحصة الشائعة من الأرض بهذا البيع يتم بالتبعية. فيكون الصحيح ـ في تكييف الصفقة ككل ـ هو الاعتداد بالبيع الأصلي فيها. ولا يسوغ أن يستند مالك الطبقة أو الشقة إلى مجرد ما له من اشتراك في الشيوع في الأرض للوثوب منه إلى أخذ الطبقة أو الشقة المبيعة بالشفعة. هذا إلى أن إلحاق الحصة الشائعة من الأرض والأجزاء المشتركة ببيع الطبقة أو الشقة، حكم قُصد به غاية لا صلة لها بفكرة الشفعة. وهي تمكين مالك كل طبقة أو شقة من حسن الانتفاع بها ووضع حد للمنازعات التي يمكن أن تثور بين المالكين المتعددين حول مدى أحقية كل منهم في استعمال هذه الأجزاء ومدى نصيبه في تحمل أعبائها.

من جهة أخرى، فإن منع الشفعة في هذا البيع لا يتعارض والحكمة التي بنى عليها تقرير الشفعة للشركاء في الشيوع. فملاك الطبقات أو الشقق، في ظل أزمة الإسكان، لم يختر بعضهم بعضا أصلا حتى يقال بأن في تقرير الشفعة لهم ما يمكنهم من تحاشي دخول أجنبي بينهم قد لا يرتاحون لجواره. خصوصا في حالة ما يمكن أن أسميه بالشيوع التدريجي، وأقصد بذلك الحالة التي يكون فيها صاحب أرض قد أقام بناء عليها من عدة طبقات أو شقق ثم يأخذ في بيع هذه الطبقات أو الشقق تدريجيا لمن يختارهم هو من المشترين.

ومن جهة ثالثة، فإن هذا الرأى يمكن أن يفضى بنا إلى نتيجة يصعب قبولها. فماذا لو تزاحم على الشقة (أو الطبقة) المبيعة أكثر من شفيع، فهل نقسمها بينهم، كما يقضى

---

(١) أشار لذلك إبراهيم الدسوقي أبو الليل ص/١٣٢ بند/١١٩.

القانون، كل بنسبة نصيبه؟

وأيا ماكان الأمر، فقد أصدرت محكمة النقض المصرية مؤخراً، حكماً من شأنه أن يقلل إلى حد كبير من أهمية ما سبق أن قررته من جواز الشفعة في بيع الطبقات أو الشقق. حين قضت بأن: «قيام مالك الأرض بإقامة بناء عليها بقصد تمليك طوابقه أو شققه للغير بطريق البيع، يعد نزولاً منه عن حقه، في أخذ الطوابق أو الشقق بالشفعة عند إعادة بيعها، باعتباره المفهوم الصحيح لإرادة المالك الأصلي في نظام تمليك الطوابق أو الشقق»[1].

ثانيا: أن تكون هذه الصفة ثابتة للشفيع وقت صدور البيع:

١٢٩ - ونعني بذلك أن يكون قد اكتسب الحق الذي يخلع عليه صفة الشريك في الشيوع، بالفعل، من قبل صدور البيع الذي يريد أن يشفع فيه أو على الأقل وقت صدوره. ويبرر هذا الشرط أنه منذ صدور البيع تنشأ للشفيع مكنة طلب الشفعة بافتراض توافر شروط الأخذ بها فيه. فيجب أن يكون منذ هذه اللحظة مستوفيا لهذه الشروط.

وفي هذا المعنى، جاء في حكم لمحكمة النقض المصرية أن: ملكية الشفيع لما يشفع به «شرط قبول دعواه». وقد رتبت على ذلك أنه «إذا ما أنكر عليه المشتري هذه الملكية، تعينّ على المحكمة (محكمة الموضوع) أن تستظهر حقيقة هذا الدفاع... وإلا كان حكمها معيباً لما يشوبه من القصور في التسبيب»[2].

١٣٠ - وطبقا للقواعد العامة، فإن الشفيع هو الذي يكون عليه عبء إثبات سبق نشوء حقه بالفعل على صدور البيع (أو على الأقل وجوده وقت صدوره). وهو يمكنه أن يقوم بهذا الإثبات بجميع الطرق[3].

---

(١) نقض ١٩٨١/٤/١٩ (خلف ٩٧٠-٣٧٧)، وأنظر أيضا نقض ١٩٧٨/٦/٧ (خلف ٩٦٧-٣٧٦).

(٢) نقض ١٩٥٧/٢/٧ (مجموعة خلف ٦٨٥-٢٦٨)، وفي نفس المعنى: نقض ١٩٥٦/٢/٢ (مجموعة خلف ٦٨٤-٢٦٧).

وأنظر أيضا حكم استئناف مصر في ١٩٥٠/٥/١ (وقد جاء فيه أنه: لا تقبل الشفعة إلا إذا كان ملك الشفيع لما يشفع به سابقا في وجوده وثبوته على التصرف في (المال) المطلوب أخذه بالشفعة)، مجلة المحاماة السنة ٣٢ رقم ١٥٣ ص/٦٦٦.

(٣) في هذا المعنى: السنهوري ص/٥١٧ بند/١٧١، محمد كامل مرسي بند/٢٥٤، البدراوي ص/٣٦١ بند/٢٥٦ وهامش/١.

١٣١ ـ وإذا جادله المشتري، متمسكا بتاريخ عقد البيع، العرفي، أو غير الثابت، فالظاهر لدى الفقه عامة أنهم لا يعتبرون الشفيع من الغير في هذا التاريخ، فيكون من ثم حجة عليه إلى أن يقيم هو الدليل على أنه قدم عمدا تواطؤا بين المشتري والبائع لحرمانه من الأخذ بالشفعة[١]. وللشفيع أن يقيم هذا الدليل الأخير بجميع الطرق لأن البيع يعتبر بالنسبة له «واقعة مادية»[٢،٣].

ونعتقد ـ من جانبنا ـ أن الشفيع يعتبر غيرا في هذا التاريخ[٤]. فالغير في تاريخ الورقة العرفية، هو كل شخص يراد الاحتجاج عليه بالورقة إذا كان يضار من هذا الاحتجاج في حق خاص له، على فرض التسليم بصحة تاريخ هذه الورقة[٥]. وهذا التحديد ينطبق تماما على الشفيع.

هذا إلى أن الحجة التي يتمسك بها الفقه هي في اعتقادنا حجة داحضة لرأيهم أكثر منها مؤيدة. فنزول البيع، من الشفيع، منزلة الواقعة المادية، يؤكد أنه يكون غيرا فيه، ومن ثم غيرا في تاريخ الورقة العرفية المثبتة له.

١٣٢ ـ وتطبيقا لما تقدم من ضرورة أن يكون سبب الشفعة قد توافر للشفيع وقت صدور البيع:

أ ـ إذا كانت ملكية الشريك للحصة الشائعة هي، وقت صدور البيع، ملكية معلقة على شرط واقف، فإنه لا يستطيع أن يستند إليها في التمسك بالشفعة، حتى ولو تحقق الشرط بعد ذلك. ولا عبرة في هذا الشأن بالأثر الرجعي لتحقق الشرط، «لأنه مجرد افتراض لإرادة المتعاقدين»[٥].

ب ـ لا يجوز لشريك في حصة شائعة يستند في ملكيته لها إلى عقد باطل أو صوري، أن يطلب الشفعة. ويكون للمشتري (المشفوع منه) أن يدفع في مواجهته بهذا البطلان

---

(١) البدراوي ص/٣٦١ بند/٢٥٦.

(٢) ولم يكن أنصار هذا الرأي بحاجة ـ في اعتقادنا ـ إلى مثل هذا التخريج، لأن التحايل لحرمان الشفيع من الأخذ بالشفعة يمكن ـ بحد ذاته ـ ككل أشكال الغش أو التحايل على القانون، إقامة الدليل عليه بجميع الطرق.

(٣) ومن هذا الرأي أيضا: محمد علي عرفة بند/١٧٤. كذلك يشير البدراوي إلى أنه كان من أنصار هذا الرأي أولا ثم عدل عنه إلى الرأي العكسي، أنظر البدراوي ص/٣٦١ هامش/١.

(٤) أنظر محمد شكري سرور أصول الاثبات في المواد المدنية والتجارية. الناشر دار الفكر العربي بالقاهرة ط/١٩٨٦، ص/٩٥ بند/٨١.

(٥) السنهوري ص/٥٨٥ بند/١٨٩.

أو بهذه الصورية، إذ له مصلحة أكيدة في ذلك. وبالمقابلة، فإنه يجوز للشريك الذي يستند في ملكيته للحصة الشائعة، إلى عقد قابل للإبطال[1] أو معلق على شرط فاسخ[2]، أن يطلب الشفعة، إذ يكون له إذ ذاك على الحصة الشائعة ملكية حالة وإن كانت فقط مهددة باحتمال الزوال في المستقبل. ويستطيع ـ من ثم ـ قبل تقرير الإبطال أو قبل تحقق الشرط أن يطلب الشفعة. ولا يكون لهذا أو ذاك، بعد تمام الأخذ بها قضاء أو رضاء، من أثر على ما كسبه بمقتضاها. أما إن كان الإبطال قد تقرر أو كان الشرط الفاسخ تحقق قبل تمام الأخذ بالشفعة قضاء أو رضاء، فزالت من ثم ملكية الشفيع للحصة التي يشفع بها بأثر رجعي، سقط حق الشفيع في الشفعة. على أن يلاحظ ـ في خصوص القابلية للإبطال، أن العقد الذي تملك الشريك بموجبه الحصة التي يشفع بها، لا يجوز إبطاله إلا بناء على طلب الطرف الذي يتقرر الإبطال لمصلحته، وهو هنا إما الشفيع (الشريك) أو من تعاقد معه. لذلك قضت محكمة النقض المصرية، بأنه: «إذا دفع بأن الشفيع لا يملك العين التي يشفع بها لأن العقد الذي يستند إليه في تملكها لم يصدر من مالكها بل من وكيل عنه كان قد عزله بكتاب مسجل سابق على تاريخ البيع المدعي، وقضت المحكمة (محكمة الموضوع) للشفيع بالشفعة، بناء على أنه مالك، فلا تثريب عليها في ذلك، إذ لو صح أن العقد كان صادرا من وكيل معزول فإن بطلانه لا يكون إلا نسبيا، ولهذا فالعيب الذي يشوبه لا يمنع من انتقال الملك حتى يتقدم من شرع البطلان لمصلحته ويطلب إبطاله. والمشفوع منه لا شأن له بهذا البطلان»[3][4].

جـ ـ إذا كان الشيوع في عقار، لا يجوز لمن يستند في صفته كشريك في هذا الشيوع، إلى عقد شراء[5]، أن يطلب الشفعة، إذا لم يكن هذا العقد مسجلا عند صدور البيع[6] الذي يريد أن يشفع فيه. حتى ولو تم التسجيل بعد ذلك، طالما أن تاريخه لاحق على

---

(١) أنظر نقض ١٩٤٤/٦/٨ (مجموعة عمر جـ/٤ رقم ١٤٨ ص/٤٠٩)

(٢) أنظر نقض ١٩٥٠/١١/٢٢ (مجموعة أحكام النقض السنة/٢ رقم ١٥ ص/٧٤).

(٣) نقض ١٩٤٤/٦/٨ (مجموعة خلف ٦٨١ ـ ٢٦٧).

(٤) ويلاحظ أن بيع ملك الغير، في القانون الكويتي لا يكون باطلا، ولكنه يكون موقوفا على أيلولة ملكية المبيع للبائع أو إقرار المالك للبيع (مادة/٥٠٩). أما في القانون المصري، فإن هذا البيع يجوز للمشتري أن يطلب إبطاله، وفي كل الأحوال فإنه لا يسرى في حق المالك للعين المبيعة، إلا إذا أقره (م/٤٦٦، ٤٦٧).

(٥) لحصته الشائعة فيه.

(٦) فالعبرة بتاريخ صدور هذا البيع وليس بتاريخ تسجيله «لأن حق الشفعة يتولد عن عقد البيع ولو لم يكن ←

تاريخ صدور هذا البيع [1]. بل ويرى القضاء - مؤيدا في ذلك من الفقه - أنه لا يكفي، في هذا الشأن، أن يكون من يريد الأخذ بالشفعة قد سجل صحيفة دعوى صحة ونفاذ العقد الذي اشترى به، قبل انعقاد البيع المشفوع فيه، وإنما يلزم أن يكون الحكم الصادر فيها بالصحة والنفاذ قد تم تسجيله قبل هذا البيع [2]. بعبارة أخرى، لا تجوز الشفعة في البيع الذي يقع في الفترة ما بين تسجيل صحيفة هذه الدعوى والتأشير بالحكم الذي يصدر فيها لصالحه.

وبالمقابلة، وحيث أن الشريك في الشيوع العقاري يظل مالكا للحصة الشائعة فيه، المباعة منه، إلى أن تنتقل إلى المشتري بتسجيل عقد البيع، يجوز للشريك - حتى ذلك الوقت - أن يتمسك بالشفعة بهذه الحصة إذا ما بيعت حصة أخرى من هذا العقار لأجنبي [3].

= مسجلا، نقض ١٨/٢/١٩٥٤ (مجموعة خلف ٦٧٢-٢٦٣)، نقض ٢٧/٦/١٩٧٨ (خلف ٦٩٠-١٦٩). نقض ٢٠/١٢/١٩٨١ (خلف ٦٩٣-٢٧٠)، نقض ٢٢/٦/١٩٨٨ (خلف ٦٩٥-٢٧٠)، وأنظر أيضا: الصده ص/٣٩٣ بند/٢٥٢، محمود جمال الدين زكي ص/٤٤٨ بند/٢٤٤.

(١) أنظر: نقض ٢١/١١/١٩٤٦ (مجموعة خلف ٦٧٣-٢٦٤)، نقض ١٤/١٢/١٩٥٠ (مجموعة خلف ٦٧٦-٢٦٥)، نقض ٢٤/٢/١٩٧٣ (مجموعة خلف ١٦٤-٧٣)، نقض ٢٧/٦/١٩٧٨ (مجموعة خلف ٦٩٠-٢٦٩)، نقض ١٠/٤/١٩٨٣ (مجموعة خلف ٦٩٤-٢٧٠)، نقض ٤/٥/١٩٨٨ (مجموعة خلف ٣٣١-١٤٠)، نقض ١١/٥/١٩٨٨ (مجموعة خلف ٧٩-٨٠)، وقد جاء فيه أنه: «ما لم يحصل هذا التسجيل تبقى الملكية على ذمة المتصرف، ولا يكون للمتصرف إليه في الفترة من تاريخ التعاقد إلى وقت التسجيل سوى مجرد أمل في الملكية دون أي حق فيها».

وفي الفقه، أنظر الصدة ص/٣٩٠ بند/٢٥٢ والفقه المشار إليه في الهوامش التالية.

وعكس ذلك، تأسيسا على أن انتقال الملكية في العقار يكون بأثر رجعي من وقت البيع، بحسبان البيع العقاري معلقا على شرط واقف هو التسجيل، عبد السلام ذهني، مشار إليه في الصده/٣٩١ هامش/٢، السنهوري، الوسيط جـ/٤ (البيع) ط/١٩٦٠ بند/٢٨٥، جـ/٩ بند/١٨٩ (حيث يرى أن للتسجيل أثرا رجعيا فيما بين المتعاقدين دون الغير) وهو رأي مرجوح فقها وقضاء: أنظر مثلا: نقض ٢٢/٢١/١٩٤٩ مجموعة خلف ٦٧٤-٢٦٤ وقد جاء فيه أنه «لا يصح القول . . بأن الملكية قبل التسجيل كانت معلقة على شرط التسجيل، وبتحققه يرتد أثره إلى تاريخ العقد، لأن التسجيل إنما يرتب أثره من تاريخ حصوله، ولأن ارتداد أثر الشرط إلى الماضي إنما يصح حيث يكون التعليق على الشرط ناشئا عن إرادة المتعاقدين. أما حيث يكون القانون قد أوجب إجراء معينا ورتب عليه أثرا قانونيا فهذا الأثر لا يتحقق إلا بتمام الإجراء ولا ينسحب إلى الماضي». وفي نفس المعنى: نقض ٢١/١١/١٩٤٦ السابق، نقض ٢٣/١١/١٩٥٠ (مجموعة خلف ٦٧٥-٢٦٥).

(٢) أنظر مثلا: نقض ٢/٢/١٩٥٦ (مجموعة خلف ٦٨٤-٢٦٧)، البدراوي ص/٣٦٢ بند/٢٥٧، الصده ص/٣٩٢ بند/٢٥٢، محمود جمال الدين زكي ص/٤٤٩ بند/٢٤٤.

(٣) في هذا المعنى: نقض ٣٠/١/١٩٨٦ (مجموعة خلف ٦٣٤-٢٤٩).

د ـ لا يجوز لمن يستند في ملكيته، للحصة الشائعة، إلى التقادم المثبت للحق، أن يطلب الشفعة، بهذه الحصة، إلا إذا كانت مدة هذا التقادم قد اكتملت وقت صدور البيع المشفوع فيه[1].

هـ ـ لا يجوز لمن يتلقى حصة مفرزة من شريك مشتاع، أن يتمسك بالشفعة في بيع حصة أخرى من ذات المال الشائع. ذلك أنه لا يستطيع إذا ما طلب الشفعة أن يجابه المشفوع منه (المشتري) إلا بسنده وفي حدود هذا السند. بيد أنه بمقتضى سنده أصبح مالكا لحصة مفرزة لا شريكا في شيوع «فلا يملك بإرادته المنفردة أن يغير موضوع حقه فيجعله شائعا»[2][3].

ثالثا: أن يظل سبب الشفعة قائما للشفيع حتى تمام الأخذ بها قضاءً أو رضاءً:

١٣٣ ـ أما إن كان زال، في الفترة ما بين صدور البيع وتمام الأخذ بالشفعة رضاءً أو قضاءً، فقد الشفيع حقه في الشفعة، ولا يستطيع أن يستمر في إجراءاتها. مثال ذلك: أن يكون هناك ثلاثة شركاء في الشيوع، طلب أحدهم الشفعة في حصة باعها ثانٍ لأجنبي، ثم بعد طلب الشفعة باع هو نفسه، وأثناء نظر دعوى الشفعة، حصته التي كان قد طلب الشفعة بها للشريك الثالث. عندئذ، فإنه يفقد الحق في الشفعة التي كان قد بدأ إجراءاتها. ولن يحكم له بها. فهو لم يحتفظ بصفته كشريك في الشيوع إلى وقت تمام الأخذ بالشفعة رضاءً أو قضاءً. ولا يبقى، ممن يجوز لهم، في هذا الفرض، الأخذ بالشفعة إن أراد ـ في البيع السابق الذي تم لأجنبي، إلا الشريك الثالث الذي اشترى حصة الشفيع.

١٣٤ ـ وتطبيقا للشرط محل البحث في هذا الموضع:

أ ـ حيث ينتهي الشيوع بالقسمة، يجوز للمشفوع منه (المشتري) أن يتمسك

---

(١) في هذا المعنى: السنهوري ص/٥٨٤ بند/١٨٩، محمد كامل مرسي بند/٢٦٢، محمد علي عرفه بند/٢٧٨، الصده بند/٢٥٢، محمود جمال الدين زكي بند/٢٤٤، نقض ١٩٥٦/٢/٢ (مجموعة أحكام النقض السنة ٧ رقم/٢٢ ص/١٦٢).

(٢) نقض ١٩٨٦/١/٣٠ (مجموعة خلف ٦٣٤ـ٢٤٩) وفي نفس المعنى أيضا نقض ١٩٥٣/٦/٢٥ (مجموعة خلف ٦٢٩ـ٢٤٧).

(٣) ويلاحظ أن هذه النتيجة لا تنسجم مع ما درجت عليه محكمة النقض نفسها مؤخرا من القول بأن تصرف الشريك في حصة مفرزة من المال الشائع ينفذ في مواجهة باقي شركائه بحسبانه في حكم التصرف في حصة شائعة، على ما سبق أن بيناه. راجع سابقا بند/١٢٧.

بحصول هذه الأخيرة وخروج الشفيع بمقتضاها من الشيوع واستقلاله بجزء من المال الذي كان شائعا، وفقدانه ـ تبعا لذلك حق طلب الشفعة، مادام ذلك حدث قبل تمام الأخذ بالشفعة رضاءً أو قضاءً. حتى ولو كان عقد القسمة في الشيوع العقاري لم يسجل، «لأن التسجيل هنا إنما شرع لفائدة الغير (ومنهم المشفوع منه)، صونا لحقوقهم. فعدم حصوله لا يصح أن يعود بضرر عليهم ولا بنفع على من لم يقم به»[1].

ب ـ نذكّر بما سبق أن قلناه، من أنه، إذا قُضي بابطال سند ملكية الشفيع للحصة التي كان طلب الشفعة بمقتضاها، قبل تمام الأخذ بالشفعة رضاءً أو قضاءً، أو تحقق الشرط الفاسخ الذي كانت ملكيته لهذه الحصة معلقة عليه، قبل هذا الوقت أيضا، فزال ـ من ثم ـ وبأثر رجعي ما كان للشفيع من ملكية للحصة التي كان شفع بها، فإن حقه في الشفعة يسقط.

رابعا: ألا تكون الشفعة ممتنعة ـ قانونا ـ على طالبها، لسبب خاص:

فمن جهة: يحظر القانون على الوقف أن يأخذ بالشفعة. ومن جهة أخرى فإنه بموجب القواعد العامة يتعين ألا يكون طالب الشفعة ممنوعا قانونا من الشراء. وفيما يلي تفصيل ذلك:

أ ـ يجب ألا يكون طالب الشفعة وقفا:

١٣٥ ـ وعلى ذلك صريح المادة/٨٩٣ التي عددت الحالات التي تمتنع الشفعة فيها، فقضت في الفقرة الثانية بأنه: «ولا يجوز للوقف أن يأخذ بالشفعة»[2].

وتفترض هذه الحالة من حالات امتناع الشفعة، أن يكون هناك عقار شائع، بعضه ملك، وبعضه وقف، وبيع الملك. فلا يجوز للوقف أن يشفع في الملك المبيع على أساس كونه شريكا في الشيوع. إنما العكس غير صحيح، بمعنى أنه تجوز الشفعة من الوقف.

فإذا كان هذا الأخير مشتريا لحصة شائعة فإن الشريك في الشيوع يمكنه أخذ هذه الحصة بالشفعة منه. مثال ذلك، أن يكون هناك عقار شائع مملوك لشقيقين، باع أحدهما حصته لجهة وقف، فيجوز للآخر أن يشفع فيها.

---

(١) نقض ١٩٤٢/١/١٩ (مجموعة خلف ٦٢٧ ـ ٢٤٦).

(٢) ويقابلها في القانون المصري المادة/٩٣٩.

١٣٦ ـ ولم تورد المذكرة الإيضاحية تبريرا لهذا المنع المأخوذ عن الفقه الاسلامي. لكن ليس من الصعب استخلاص هذا المبرِّر.

فمن جهة أولى، لو جاز للوقف أن يأخذ بالشفعة فإن الشفعة لن تكون إلا من ناظر هذا الوقف أو من الموقوف عليه، وكلاهما ليس مالكا للعقار الموقوف حتى يجوز له أن يشفع به. بما يبين منه أننا، بالتحليل الدقيق، نكون هنا بصدد أكثر من مجرد منع من أخذ بالشفعة. فنحن بصدد حالة لا تتوافر فيها شروط الأخذ بالشفعة أصلا. هذا إلى أنه لو جاز أن يأخذ الوقف بالشفعة، لوجب أن يصبح العقار المشفوع فيه هو أيضا وقفا دون أن تصدر حجة بوقفه[1].

وفضلا عن كل ذلك، فإن حرمان الوقف ـ كشريك في الشيوع ـ من أخذ الحصة الأخرى المبيعة، بالشفعة، لن يكون متعارضا مع الحكمة التي من أجلها تقررت الشفعة للشريك في الشيوع أصلا، لأنه ليس يسهل في الحقيقة تصور أن يتضرر الوقف من دخول المشتري في الشيوع بدلا من البائع (الشريك الأصلي) حتى نجيز له أن يشفع في البيع درءا لهذا الضرر[2].

ب ـ يجب أن يكون الشفيع غير ممنوع من شراء المشفوع فيه:

١٣٧ ـ يترتب على الأخذ بالشفعة، كما سنرى[3]، حلول الشفيع محل المشتري «في جميع حقوقه والتزاماته» (م/٩٠٠ـ١)، فهي بالنسبة له بمثابة شراء المشفوع فيه. لذلك لا يجوز للشفيع أن يأخذ بالشفعة ما يمنعه القانون من شرائه.

وهذا الشرط متصور، ومفهوم، بوضوح، في القوانين التي تتوسع في نطاق الشفعة، وبالأخص فيما تقرره للجار بالذات من حق الأخذ بها، كما هو الحال في القانون المصري. وقضي ـ في مصر ـ تطبيقا له ـ بأنه لا يحق للجار أن يأخذ الأرض المبيعة بالشفعة إذا كان سيترتب على أخذها أن يزيد مجموع ما يملكه من أفدنة على ما يسمح

---

(١) راجع السنهوري جـ/٩ ص/٥٩٤ بند/١٩٢.

(٢) ويبدو أن الأمر قد اختلط على البعض، فقال: «فمع المال الموقوف لا يوجد من يلحقه ضرر نتيجة الأخذ بالشفعة»، أنظر في ذلك: إبراهيم الدسوقي ص/١١٤ بند/٩٩. وكان الأصح أن يقول العكس، أي أن يقول «نتيجة عدم الأخذ بالشفعة».

(٣) راجع لاحقا بند/١٩٣.

به قانون تحديد الملكية الزراعية[1].

١٣٨ ـ أما في القانون الكويتي ـ حيث نطاق الشفعة مقصور على الشركاء في الشيوع ـ فإن استلزام هذا الشرط سيكون ـ في معظم تطبيقات المنع من الشراء ـ نظريا أكثر منه عمليا.

فالشريك في الشيوع الذي يُناط به بيع حصة شريكه الآخر (لأجنبي) بالنيابة عنه[2]، أو الذي يُعهد إليه ـ كسمسار ـ في بيعها[3]، أو ـ كخبير ـ في تقدير قيمتها توطئة لبيعها[4]، إذا كان يمتنع عليه أخذ هذه الحصة بالشفعة، فليس ذلك ـ بالتحليل الدقيق ـ قياسا على امتناع شرائها عليه مع اتحاد حكمة المنع في الحالتين[5]، وإنما لأن قبوله النيابة في بيعها أو البحث ـ كسمسار ـ عن مشتر لها أو تقدير قيمتها كخبير توطئة لبيعها، يعتبر ـ من جانبه ـ تنازلا ضمنيا عن حقه في طلب الشفعة فيها.

١٣٩ ـ إنما يبرز الكيان المستقل لهذا الشرط، في خصوص الحظر المنصوص عليه بالمادة/٥١٣، تلك التي يمتنع ـ بموجبها ـ على القضاة وأعوانهم شراء الحقوق المتنازع فيها، إذا كان النظر في هذا النزاع يدخل في اختصاصهم. فيكون ممتنعا، على هؤلاء، أيضا، الشفعة في هذه الحقوق.

فإذا ورث ثلاثة أشقاء، مثلا، عقارا متنازعا فيه مع مورثهم من قبل وفاته، ثم باع أحدهم حصته لأجنبي، حالة كون أحد شقيقيه قاضيا (أو من في حكمه) يدخل النظر في النزاع حول هذا العقار في اختصاصه، فلا يجوز لهذا الشقيق بالذات أن يشفع في بيع هذه الحصة، فيما تجوز الشفعة فيها للشقيق الثالث إذا أراد. وإذا كان الورثة، في المثال السابق، شقيقين، القاضي أحدهما، وبيعت حصة الآخر لأجنبي فلن تكون شفعة في هذا البيع، مع أن القاضي هنا ربما يتضرر من دخول الأجنبي معه شريكا في

---

(١) نقض ١٩٥٧/١١/١٤ (مجموعة أحكام النقض السنة/٨ رقم/٨٨ ص/٧٩٨).

(٢) حيث يمتنع ـ بمقتضى المادة/٦٢ ـ على من ينوب عن غيره أن يشتري لنفسه ما نيط به بيعه بموجب هذه النيابة.

(٣) (٤) حيث يمتنع على السماسرة والخبراء أن يشتروا الأموال المعهود إليهم في بيعها أو تقدير قيمتها (م/٥١٤ـ١).

(٥) وهي، هنا، أن أيا من هؤلاء (النائب، والسمسار، والخبير) قد يتساهل مع المشتري في شروط البيع كي يفيد من ذلك، إذ يترتب على الأخذ بالشفعة، لو جاز، أن يصير الشفيع هو المشتري.

الشيوع. لكن الاعتبارات التي تقرر على أساس منها حظر شراء الحقوق المتنازع فيها على القضاة ومن في حكمهم[1]، وهي تتوافر في الشفعة توافرها في الشراء[2]، أولى بالترجيح[3].

خاتمـــة المطلب:

تـزاحـم الشفعـاء:

١٤٠ ـ قد تتوافر الشروط السابقة جميعا في أكثر من شخص، ويطلب كل منهم أو بعضهم أخذ الحصة المبيعة بالشفعة، فيقوم بينهم ما يعرف بالتزاحم بين الشفعاء.

وقد تكفّلت الفقرة الثانية من المادة/٨٩٢ ببيان حكم هذا التزاحم فقضت بأنه: «وإذا تعدد الشفعاء كان استحقاق كل منهم للشفعة على قدر نصيبه».

وعلى ذلك، فلو فرضنا أن أبا توفى عن ولد وبنتين، فآلت إليهم بالإرث ملكية قطعة أرض شائعة بينهم، بنسبة النصف للولد والربع لكل بنت من البنتين. ثم باعت إحدى البنتين نصيبها لأجنبي، فإن الأخ يستحق بالشفعة ثلثي الحصة المبيعة، فيما تستحق الأخت ثلثها.

وأساس الحكم المقرر بهذا النص، واضح، إذ مراكز الشفعاء جميعا متساوية، بحكم كونهم جميعا شركاء في الشيوع، فلا يبقى من ميعار لتحديد نسبة استحقاق كل منهم

---

(١) (٢) «فكما يخشى في حالة الشراء أن يحابى المشتري زملاؤه أو أن تثور الشبهات حول هذه المحاباة يخشى أيضا في حالة الشفعة أن تقع هذه المحاباة للمشتري كي يفيد منها الشفيع أو أن تثور الشبهات حول هذه المحاباة. وقد لا يكون البيع، في حالة الشفعة، سوى وسيلة يتخذها أحد المذكورين في النص كي يطلب الشفعة، فيتمكن بذلك من الحصول على الحق المتنازع فيه بطريق غير مباشر. فسواء في حالة الشراء أو في حالة طلب الشفعة يخشى أن يقع ما يمس نزاهة القضاء». الصده ص/٣٩٩ بند/٢٥٤.

(٣) من هذا الرأى: السنهوري ص/٥٩٢،٥٩٣ بند/١٩١، الصده الموضع السابق، البدراوي بند/٤٢١، محمود جمال الدين زكي ص/٤٥٤ بند/٢٤٥، ومع ذلك، ففي الفقه رأى لا يخلو من وجاهة، يذهب إلى جواز الشفعة للقضاة ومن في حكمهم رغم منعهم من الشراء، لأن أيا من هؤلاء حين يريد الأخذ بالشفعة في الممنوع من شرائه لا يقصد المضاربة، وإنما يرغب اتقاء الأضرار التي شرعت من أجلها الشفعة. وحرمانه من حق الشفعة هو حرمانه من حق مشروع أوجده الشارع لمصلحة جميع الناس ولم يستثن هؤلاء منه كما أن القول بأن الشفيع يحل ـ باستعمال حق الشفعة ـ محل المشفوع منه ويعتبر أنه اشترى الصفقة من البائع مباشرة هو افتراض قانوني لا يصح التوسع فيه. أنظر في هذا الرأى: محمد كامل مرسي بند/٢٦٨، شفيق شحاته بند/٣٥٥.

بالشفعة في المشفوع فيه إلا نسبة نصيب كل منهم الذي يشفع به، أي نسبة نصيب كل منهم في الشيوع[1].

١٤١ ـ وينوه البعض ـ في هذا الشأن ـ إلى أن العبرة هنا تكون بقدر النصيب وليس بقيمته[2]. وهو تنويه غريب في الحقيقة، فالفرض أننا بصدد شركاء في الشيوع. وفي هذا النوع من شركة الملك، يملك كل شريك، في مجموع المال، وفي كل ذرة من ذراته، بنسبة نصيبه في المال الشائع، فلا يظهر فرق بين نسبة نصيب محسوبة بالقدر ونسبة نصيب محسوبة بالقيمة لاختلاط القدر بالقيمة.

١٤٢ ـ ويتعين عند إعمال نص الفقرة/٢ من المادة/٨٩٢ سابق الاشارة، مراعاة وجوب عدم تجزئة الصفقة على المشتري، فمن حق هذا الأخير ألا تتجزأ الصفقة عليه[3].

ولذلك، فإنه يجب على كل شفيع ـ إذا كان يتقدم للأخذ بالشفعة منفرداً ـ أن يطلبها في الحصة المبيعة كلها، لا فيما يعادل فقط نصيبه فيها. ذلك أن هناك احتمالا في ألا يطلب الشفعة إلا بعض الشفعاء، أو ألا يطلبها غيره. فإذا طلبها في الجزء، تجزأت الصفقة على المشتري. بل حتى لو طلبها كل الشفعاء، يظل الشرط محل البحث لازما (مادام كل منهم يتقدم للأخذ بالشفعة منفرداً)، إذ يُحتمل أن يسقط طلب أحدهم أو بعضهم لسبب يتعلق بالمواعيد أو بغيرها من إجراءات الشفعة فتتجزأ الصفقة على المشتري[4].

فإذا لم يلتزم الشفيع هذا الشرط، لا تقبل دعواه. بل وقد لا يكون بإمكانه تدارك الأمر والتقدم مرة أخرى بطلب الشفعة في كل الحصة المبيعة، إذا كانت مواعيد الأخذ بها قد انقضت.

---

(١) أما في التشريعات التي يمكن أن تكون فيها مراكز طالبي الشفعة المتزاحمين، غير متساوية، كما هو الحال في القانون المصري حيث يتوزع الشفعاء على خمس طوائف مذكورين على سبيل الترتيب الأولوي، فإن الحل بالقطع يكون مختلفا، فيفضل الشفيع من الطبقة الأعلى على الشفيع من الطبقة الأدنى (م/٩٣٧ـ١). إنما يكون الحل، في القانون المصري، على نفس النحو في القانون الكويتي، فيما لو كان المتزاحمون من نفس الطبقة، فتساوت من ثم مراكزهم، إذ عندئذ يكون استحقاق كل منهم للشفعة على قدر نصيبه (م/٩٧٧ـ٢).

(٢) أنظر إبراهيم الدسوقي ص/١١٤، بند/١٠٠.

(٣) وهذا الحق قررته له المادة/٨٩٥ التي تقضي بأنه: «وليس للشفيع أن يأخذ بعض المبيع..».

(٤) لمزيد من التفاصيل في هذا الشأن راجع: السنهوري ص/٦٠٣ وما بعدها بند/١٩٧.

ولا تستلزم محكمة النقض المصرية، إذا كان الشفعاء المتعددون قد اشتركوا في طلب الشفعة باجراءات واحدة، أن يطلب كل منهم الشفعة في المبيع كله[1]. ولعلها في ذلك ترى أن تقدمهم بطلب الشفعة على هذا النحو يجعل كل منهم في حكم الذي طلب الشفعة في المبيع كله.

(١) نقض ١٩٨٢/٣/٤ مشار إليه في إبراهيم الدسوقي ص/١٥٥ هامش/١.

المطلب الثـاني

الشروط التي تتعلق بالتصرف المشفوع فيه

يمكن حصر هذه الشروط في ثلاثة: أن يكون التصرف المشفوع فيه بيعا بمعنى الكلمة، وأن يكون هذا البيع قائما وقت طلب الشفعة، وأخيرا، ألا يكون من البيوع التي منع المشرع الشفعة فيها.

أولا: أن يكون التصرف بيعا بمعنى الكلمة:

١٤٣ - لا تجوز الشفعة، بصريح نص المادة/ ٨٩١ إلا في البيع. ونقصد بالبيع بمعنى الكلمة، التصرف الوارد تحديده في المادة/ ٤٥٤ بأنه «عقد على *تمليك* شيء أو نقل حق مالي آخر لقاء عوض نقدي». وذلك حتى تخرج من إطار الشفعة التصرفات التي تأخذ بعض أحكام البيع دون أن تعتبر بيعا[١].

ويلزم أن يكـون هذا البيع جدّيا، بمعنى أن تكون *إرادة المتعاقدين الحقيقية* قد اتجهت إليه.

١٤٤ - وحكمـة قصر الشفعة على البيع واضحة، «ذلك أن الشفيع يحل محل المشتري، في مقابل الثمن الذي اشترى به. ولا ثمن إلا في البيع»[٢]. وإلى جانب هذه الحكمة فهناك اعتبارت أخرى تتعلق بالأسباب الناقلة للملكية غير البيع سوف نعرض لها في ثنايا عرضنا لاستبعاد هذه الأسباب من نطاق الأخذ بالشفعة[٣].

وعلى هذا تبدو أهمية تكييف التصرف الذي تمّ على الحصة الشائعة أولا لمعرفة ما إذا كان بيعـا بالمعنى الـدقيق فتجوز الشفعة فيه، أم ليس بيعا *بالمعنى الدقيق* فلا تجوز

---

(١) ومن باب أولى حتى تخرج من إطار الشفعة، أسباب كسب الملكية بغير تصرف قانوني، كالميراث مثلا (فإذا توفى أحد الشركاء في الشيوع، فانتقلت بالإرث حصته فيه إلى ورثته، فلا يجوز لشركائه في الشيوع أن يشفعوا في هذه الحصة من الورثة)، وكذلك التصرفات المكسبة للملكية بالإرادة المنفردة، كالوصية (فلو أوصى أحد الشركاء في الشيوع بحصته الشائعة لأجنبي، ثم مات مصرا على وصيته فلا يجوز لشركائه في الشيوع أن يشفعوا في هذه الحصة من الموصى له).

(٢) محمود جمال الدين زكي ص/٤٠٨ بند/٢٢٦.

(٣) راجع لاحقا البنود من ١٤٥-١٥٤.

الشفعة فيه. وتقع على قاضي الموضوع مهمة هذا التكييف غير متقيد في ذلك بالوصف الذي يخلعه المتعاقدان على التصرف.

* * * *

فإذا كان ما تقدم، فإنه:

١٤٥ ـ أ ـ لا تجوز الشفعة في الهبة، ولو كانت بعوض، مادامت هبة حقيقية[١]، لأن الهبة ـ وقوامها نية التبرع للموهوب له ـ تنهض على اعتبارات شخصية في هذا الأخير راعاها الواهب ولا تتوافر في الشفيع. وعلى هذا الأساس، فالرأي الراجح، أنه لا يؤخذ كذلك بالشفعة «في عقد اختلطت فيه الهبة بالبيع. كبيع يحصل بنصف القيمة لاعتبارات شخصية راعاها البائع في المشتري»[٢].

١٤٦ ـ ب ـ ولا يجوز ـ في اعتقادنا ـ الشفعة في البيع الصوري[٣] وذلك خلافا لما تستقر عليه محكمة النقض المصرية[٤] يؤيدها فيه بعض الشراح[٥]. لأن الشفيع، فيما نعتقد ـ لا يعتبر غيرا في البيع الصوري حتى يكون له أن يتمسك به (أي أن يشفع فيه) إذا كان حسن النية.

---

(١) وللشفيع أن يثبت بجميع الطرق أن حقيقة الهبة أنها بيع. في هذا المعنى، السنهوري ص/٤٩٥ هامش/١ والفقه والقضاء المشار إليهما في نفس الموضع.

(٢) أنظر السنهوري ص/٤٩٤ هامش/٢، والفقه والقضاء المشار إليهما في نفس الموضع، وعكس ذلك: محمد علي عرفة ص/٤٤٩ بند/٢٦١، والحكم المشار إليه في السنهوري، الموضع السابق.

(٣) من هذا الرأي أيضا: السنهوري ص/٤٩٨ بند/١٧٠، الصده ص/٤١٦ بند/٢٦٣ محمود جمال الدين زكي ص/٤١٣ بند/٢٢٦ (وهو يقيس هذا الحكم على البيع الباطل، فكلاهما لا وجود له)، وقضت في نفس الاتجاه أيضا: مصر الابتدائية ١٩٢٣/٢/١ (المحاماة السنة/٥ رقم/٦٦٥ ص/٨١٣).

(٤) وقد جاء في حكمها الصادر في ١٩٥٢/٥/١٥ (خلف ٩٤٣ ـ ٣٦٧) قولها: «إن الشفيع، بحكم أنه صاحب حق في أخذ العقار بالشفعة هو ـ على ما جرى به قضاء هذه المحكمة ـ من طبقة الغير بالنسبة إلى الطرفين المتعاقدين، البائع والمشتري، فله أن يتمسك بالعقد الظاهر دون العقد المستتر، ومن ثم لا يجوز أن يحاج بالعقد المستور إلا إذا كان هذا العقد مسجلا أو كان هو عالما بصورية العقد الظاهر أو بوجود ورقة ضد...». وأنظر في نفس المعنى: نقض ١٩٥٣/١/٢٩ (خلف ٩٤٤ ـ ٣٦٨)، نقض ١٩٥٤/٣/٢٥ (خلف ٩٤٥ ـ ٣٦٨)، نقض ١٩٦٦/١٠/١٨ (خلف ٩٤٧ ـ ٣٦٩) نقض ١٩٧٠/٤/١٤ (خلف ٩٤٨ ـ ٣٦٩)، نقض ١٩٧٥/١١/٢٧ (خلف ٩٥٠ ـ ٣٦٩) نقض ١٩٧٩/١٢/١٣ (خلف ٩٤٦ ـ ٣٦٨)، نقض ١٩٨٨/٦/٢٢ (خلف ٩٥١ ـ ٣٧٠).

(٥) من هذا الاتجاه العكسي: محمد على عرفه بند/١٨، البدراوي ص/٣٧٨ بند/٢٧٤.

فالغير في الصورية له معنى محدد، وهو من كسب حقه على العين محل التصرف الصوري بسبب يُغاير التصرف الصوري نفسه. ويصدق هذا التحديد على من حصرتهم المادة/٢٠٠ مدني كويتي (ويقابلها المادة/٢٤٤ مدني مصري)، وهم: الدائنون الشخصيون لكل من المتعاقدين طرفي الصورية، والخلف الخاص لأيّ من هذين المتعاقدين. وليس الشفيع من أي من هؤلاء. يؤكد ذلك، «أن الشفيع كسب حقه بالشفعة، والشفعة سبب يدخل فيه نفس البيع الصوري[١]، فيكون قد كسب حقه بموجب العقد الصوري، فلا يعتبر غيرا في هذا العقد»[٢].

وإلى هذا فإن جواز التمسك بالشفعة في البيع الصوري قد يهدد مصلحة مشروعة لأحد طرفي هذا التصرف. كما لو كان هذا البيع يخفى في حقيقته هبة.

١٤٧ - أما على العكس، إذا كان البيع هو التصرف الحقيقي، ولكنه ستر وراء مظهر عقد آخر، وليكن الهبة، فإنه يجوز للشفيع أن يثبت صورية التصرف الظاهر والكشف عن حقيقة البيع. وله ذلك بجميع الطرق. فإذا نجح في ذلك جازت له الشفعة في البيع الذي انكشفت حقيقته. بل إن هذا الحكم هو الذي «يتفق مع ما هو الأصل في الصورية، وهو الاعتداد بالتصرف الحقيقي سواء في حق المتعاقدين أو في حق الغير. فلا علاقة له باعتبار الشفيع من الغير في الصورية أو عدم اعتباره كذلك»[٣].

١٤٨ - جـ - ولا شفعة كذلك في المقايضات، ولو كانت بمعدِّل[٤]، على الرغم مما تقضي به المادة/٥٢٢، من أنه «تسرى على المقايضة أحكام البيع»، لأن هذا السريان محدود في ذات النص «بالقدر الذي تسمح به طبيعة المقايضة». وطبيعة المقايضة، لا تسمح بثبوت الشفعة فيها، لأن المقايض (الذي هو في مركز البائع) يقصد أن يأخذ شيئا معينا مقابلا لما ينقل ملكيته للطرف الآخر (الذي هو في مركز المشتري). وإجازة الشفعة في المقايضة ستحول دون تحقيق هذا الغرض، مادام أن الشفيع سيكون ملتزما في النهاية بدفع ثمن الشيء الذي كان يقصد المقايض (البائع) أن يحصل عليه بعينه.

---

(١) فالشفعة كسبب لكسب الملكية واقعة مركبة، يدخل في تكوينها البيع الذي تطلب فيه الشفعة (وهذا البيع يشكل العنصر المادي من هذه الواقعة لأنه ينزل من الشفيع منزلة الواقعة المادية. أما العنصر الثاني فهو إعلان الشفيع رغبته في الأخذ بالشفعة، وهذا تصرف قانوني).

(٢) السنهوري ص/٤٩٨، ٤٩٩ هامش/٢.

(٣) الصده ص/٤١٦ بند/٢٦٣.

(٤) إلا إذا كان هذا المعدّل يفوق بكثير قيمة البدل، بما يعني أن حقيقة التصرف أنه بيع ستر في صورة مقايضة. ففي هذه الحالة تجوز الشفعة في هذا التصرف بحسابه بيعا، بعد أن يثبت الشفيع صوريته.

١٤٩ ـ د ـ ولا تجوز الشفعة في الصلح، لأن الصلح الواقع بين الشريك في الشيوع ومن ينازعه في ملكية الحصة الشائعة ليس ناقلا لملكية هذه الحصة من الشريك إلى منازعه، وإنما هو مقرر لها. والمبلغ المدفوع صلحا من هذا الأخير للشريك، لا يمثل قيمة الحصة، وإنما يمثل ما قد يكون للطرفين من حظ كسب أو خسارة دعوى الملكية. ثم إن الصلح بطبيعته يقتضى ترك كل طرف شيئا من حقه، ولا يجوز أن ينتفع الشفيع بفائدة مقررة لمنفعة غيره[١].

١٥٠ ـ هـ ـ ولا شفعة كذلك في الوفاء بمقابل، وهذا هو أيضا الحكم في الفقه الإسلامي

فلو أن أحد الشريكين في الشيوع، مثلا، كان مدينا، وقبل دائنه أن يستوفى حقه حصة هذا الشريك بدلا من دينه النقدي، فإن الشريك الآخر لا يجوز له أن يشفع في هذه الحصة. ذلك أن الوفاء بمقابل، ولو أنه يشبه البيع[٢]، إلّا أن فيه معنى استيفاء الدين، بل قد يكون ذلك هو الأظهر فيه. وقد لا يرضى الدائن إلا بالحصة ذاتها في مقابل الوفاء بدينه[٣].

١٥١ ـ و ـ ولا شفعة في التعاقد، بالحصة الشائعة، على شركة: فلو تصورنا جدلا (وإن كنا نعتقد أن ذلك يندر حدوثه) أن الشريك في الشيوع قدم حصته في شركة، ذات الحصة الشائعة، فلا يجوز للشفيع أخذ هذه الحصة بالشفعة من الشركة، ولو أعطاها قيمتها. لأن ـ أولا ـ تقديم الشريك لحصته على هذا النحو لا يعتبر بيعا يحصل منه على ثمن نقدي[٤]، ولأن الشركة ـ ثانيا ـ تعاقدت مع الشريك على هذه الحصة بالذات، «وقد لا ترضى بقيمتها بديلا عنها، إذ قد يخل ذلك بأغراضها»[٥].

١٥٢ ـ ز ـ إنما، هل يمكن أن يثور تساؤل أصلا، في القانون الكويتي، عن مدى جواز الشفعة في التقايل؟. وإذا كانت إثارة مثل هذا التساؤل واردة، أفلا يكون للأخذ بالشفعة في حالة التقايل، من أحكام خاصة في القانون الكويتي بالذات، إزاء كون الشفعة فيه محصورة في الشركاء في الشيوع؟

---

(١) في هذا المعنى: نقض ٢٧/١١/١٩٤٧ (خلف ٧٣١-٢٨٤).

(٢) راجع في الطبيعة القانونية للوفاء بمقابل Dation en paiement محمد شكري سرور، الأحكام العامة للالتزام، المرجع سابق الاشارة إليه، خاصة الصفحات من ٢٩٠ ـ ٢٩٤ البنود من ٣٨٠ ـ ٣٨٨.

(٣) في هذا المعنى: السنهوري ص/٤٩٨ بند/١٧٠.

(٤) في هذا المعنى: الصده ص/٤٠٧ بند/٢٦٠.

(٥) السنهوري ص/٤٩٧ بند/١٧٠.

قبل الإجابة على هذا التساؤل بشقيه، نذكّر بأن التقايل (أو الإقالة، أو التفاسخ أو التراد)، هو تراضي طرفي العقد، على إزالته بعد إبرامه. والأصل فيه أنه يزيل العقد لا بالنسبة إلى المستقبل فحسب بل وإلى الماضي أيضا. لكن هذا الأثر الرجعي لا يكون إلا في العلاقة بين المتعاقدين نفسيهما. أما بالنسبة إلى الغير فلا يكون للتقايل أثر إلا من تاريخ حصوله، وهو ما أدى بالمشرع الكويتي إلى اعتباره (في المادة/٢١٨) بمثابة عقد جديد[1]، في حق الغير.

١٥٣ ـ فأما عن الشق الأول من التساؤل فنقول أنه، على العكس من التعميم الذي التزمه البعض[2] ـ فإن مشكلة مدى جواز الأخذ بالشفعة في حالة التقايل لن يتصور أن تثور إلا في الفرض الذي يكون فيه أحد الشركاء في الشيوع اشترى حصة شريك ثان، ثم تقايل فيما اشتراه بعد ذلك مع البائع[3]. عندئذ يجوز للشريك الثالث ـ بحسبان التقايل بالنسبة له بمثابة بيع جديد، تم لأجنبي[4] ـ أن يشفع في هذا البيع الثاني.

إنما، لو أن الشريك في الشيوع اشترى ـ بالفرض ـ مالا من أجنبي، فهو ـ بالتالي ـ مالك وحده لما اشتراه ملكية مفرزة، ثم تقايل بعد ذلك مما اشتراه مع البائع، فلن يكون لباقي الشركاء شأن بهذا التقايل. ولا تتصور فيه شفعة. فلم يكن المال المشتري داخلا أصلا في شيوع، أي لم تكن أبدا حصة شائعة[5].

١٥٤ ـ أما عن الشق الثاني، فالملاحظ أن البعض لم ير ـ على ما يبدو ـ من خصوصية، تستوجب القول في القانون الكويتي، بأن أحكام الشفعة في حالة التقايل تطبق تطبيقا خاصا، فأعمل على هذه المشكلة أحكام الشفعة في حالة توالي البيوع بوجه عام. وانتهى من ذلك ـ وبالتطبيق المحض للمادة/٨٩٤ ـ إلى القول بأنه: «إذا تم التقايل قبل إعلان الشفيع رغبته في الأخذ بالشفعة، زال خياره فيها وفقا للبيع الأول،

---

(١) فإذا كان التقايل من بيع، وهو الغالب، فإنه في هذا العقد الجديد، سيكون البائع هو المشتري في العقد الأول، وسيكون المشتري هو البائع في العقد الأول.

(٢) أنظر إبراهيم الدسوقي أبو الليل ص/١٢٢ بند/١٠٧.

(٣) هذا الأخير الذي أصبح بمقتضى البيع أجنبيا عن الشيوع الذي كان من قبل طرفا فيه.

(٤) فالفرض ـ كما قلنا ـ أنه ببيع الشريك الثاني حصته للأول أصبح أجنبيا عن الشيوع.

(٥) أما في القانون المصري فيتصور أن تكون شفعة على أثر تقايل من شراء مال مفرز مثال ذلك: لو أن (أ) اشترى من (ب) عقارا، أصبح به جارا لـ (ج)، ثم تقايل (أ) مما اشتراه بعد ذلك مع بائعه السابق (ب)، فقد نقول أننا بمثابة بيع جديد، فيه (أ) يبيع لـ (ب) العقار المجاور لـ (ج) عندئذ يكون لـ (ج) كجار أن يشفع في هذا العقار من (ب).

ويكون له الأخذ بها وفقا للبيع الثاني وبشروطه. أما إذا تم التقايل بعد إعلان الشفيع رغبته في الأخذ بالشفعة فيظل له الأخذ بها وفقا للبيع الأول، كما تجوز له وفقا للبيع الثاني»[1].

والحقيقة أن هذه الاستنتاجات تفتقر للدقة. لأنه قبل التقايل، البيع الذي تم هو بيع من شريك في الشيوع لآخر، فليس هناك بيع لأجنبي حتى تكون شفعة أصلا. وبالتالي، فليس للشفعة في حالة التقايل، في القانون الكويتي سوى حل واحد، الشفيع لا يستطيع أن يعلن رغبته في الأخذ بالشفعة إلا بعد التقايل، وعندئذ فلن يكون له أن يأخذ بالشفعة إلا وفقا للبيع الثاني وبشروطه[2].

ثانيا: أن يكون البيع قائما وقت طلب الشفعة:

١٥٥ ـ وهو ما يعني ـ أولا ـ أن يكون الأمر بين الشريك في الشيوع والأجنبي، وقت الشفعة، قد تعدى ـ بشأن الحصة الشائعة ـ مرحلة المفاوضات التمهيدية، إلى التبايع الفعلي، وإلا كان طلب الشفعة سابقا لأوانه أو حتى غير ذي موضوع.

---

(١) أنظر إبراهيم الدسوقي أبو الليل، الموضع السابق.

(٢) ويلاحظ أن في الفقه المصري خلافا حول مدى جواز الأخذ بالشفعة في حالة التقايل، مرده إلى خلاف حول الطبيعة القانونية للتقايل نفسه، إذ لا نص في القانون المصري يحسم هذه الطبيعة كما فعل المشرع الكويتي في المادة/٢١٨.

فعند البعض أن التقايل في البيع لا يعتبر بيعا جديدا يتولد عنه للشفيع حق الشفعة، لأن التقايل في البيع هو فسخ له بتراضي الطرفين، لا إنشاء لبيع جديد. ومن شأنه في قصد المتعاقدين إعادة الحالة إلى ماكانت عليه قبل البيع ومحو كل أثر له، مما لا يكون معه أساس لطلب الشفعة. وحتى لو قيل بأنه بيع جديد فإنه يكون بيعا قائما على اعتبارات خاصة بين طرفيه فتمتنع فيه الشفعة لهذا السبب أيضا. من هذا الاتجاه: البدراوي ص/٣٨٠ بند/٢٧٩، منصور مصطفى منصور بند/١٣٩، محمود جمال الدين زكي ص/٤١٢ بند/٢٢٦، محمد علي عرفة بند/٢٦٧، نقض ٢٥/٣/١٩٥٤ (خلف ٧٢٧ ـ ٢٨٢)، وقد فرعت المحكمة على ذلك أنه متى كان التقايل قد حصل قبل طلب الشفعة فإنه يعدم أثر البيع الأول ولا يبقى محل لطلب الشفعة)، نقض ١٦/٥/١٩٤٦ (مجموعة عمر، ج/٥ رقم ٨٢ ص/١٧٧).

أما عند البعض الآخر، فالتقايل لا يترتب عليه زوال العقد الأول، وإنما يتمثل في عقد جديد يتفق فيه الطرفان على ما يناقض العقد الأول، بأن يسترد البائع المبيع ويسترد المشتري الثمن فهو عقد جديد يكون البائع فيه هو المشتري في العقد الأول ويكون المشتري فيه هو البائع في العقد الأول. ويتفرع على ذلك أنه إذا وقع التقايل قبل طلب الشفعة، حق للشفيع أن يطلب الشفعة بسبب البيع الثاني، أما إذا وقع بعده فلا يؤثر على حق الشفيع فيما طلبه من الشفعة بسبب البيع الأول. من هذا الاتجاه: الصده ص/٤١٤ بند/٢٦٢، محمد كامل مرسي بند/٣٣٠، أما السنهوري فيرى أن الحكم يختلف بحسب قصد المتعاقدين من التقايل، أنظر ص/٥٠٥،٥٠٦ بند/١٧٠.

١٥٦ ـ لكن ليس يلزم ـ إذا كانت الحصة المبيعة شائعة في عقار ـ أن يكون البيع قد سجل. وهذا ما استقرت عليه محكمة النقض المصرية في النهاية[١]، حاسمة بذلك[٢] خلافا كان يثور في كل من الفقه والقضاء، حول مدى جواز الأخذ بالشفعة في البيع العقاري غير المسجل.

فقد كان رأي يذهب إلى عدم جواز الأخذ بالشفعة في مثل هذا البيع[٣]، الذي لا يُخرج المبيع من ملك البائع في حين أن طلب الشفعة يجب أن يوجه إلى شخص «تجتمع فيه صفتا المشترى والمالك»[٤]. فضلا عن أن الشفعة إنما شرعت لدرء الضرر عن الشفيع من شريك لا يرتاح لشركته. وهذه الحكمة تقتضى بيعا ينقل الملكية إلى المشتري المشفوع منه حتى يكون هناك احتمال حقيقي بضرر يمكن أن ينال الشفيع إن لم يمكَّن من الأخذ بالشفعة[٥].

فيما كان رأي آخر يذهب إلى جواز الشفعة في البيع العقاري غير المسجل، لأن القانون ـ إذ نظم دعوى الشفعة ـ فإنما أوجب توجيه هذه الدعوى إلى البائع والمشتري وهما وصفان يصدقان على طرفي البيع ولو لم يكن مسجلا[٦]. ولأن استلزام التسجيل لقيام الحق في الشفعة يؤدي إلى تعطيله، إذ يكفي لذلك أن يحجم المشتري عن تسجيل البيع[٧]. وفضلا عن ذلك فإن التسجيل إنما شرع لصالح المشتري، وهو بيده، فلا يمكن أن يؤثر التقصير في إجراء التسجيل أو التعمد في عدم التسجيل من جانب المشتري في حق ذوى الشأن قبله[٨]. وفي كل الأحوال فإنه لا ضرر على المشتري من استعمال الشفيع حقه في الشفعة قبل التسجيل، لأن الشفيع إنما يحل محله في البيع بشروطه. وإنما الضرر في السماح للمشتري بتعطيل حق الشفعة والتلاعب بأحكام القانون بتأخير تسجيل عقده[٩].

---

(١) أنظر مثلا: نقض ١٥/٢/١٩٤٥ (خلف ٧١٦ ـ ٢٧٧)، نقض ٤/٣/١٩٥٤ (خلف ٨٥٣ ـ ٣٣٤)، نقض ١٠/١١/١٩٧٠ (خلف ٧٠٧ ـ ٢٧٤).

(٢) وهي ـ في هذا الموقف ـ كانت تتبنى في حقيقة الأمر حكم استئناف مصر (بدوائرها المجتمعة) في ٣/١٢/١٩٢٧ (المحاماة السنة ٨ رقم/٢٢٧ ص/٢٩٨).

(٣) (٤) في هذا المعنى: محمد علي عرفه بند/٢٦٩.

(٥) أنظر الأحكام المشار إليها في محمود جمال الدين زكي بند/٢٢٧ هامش/٦.

(٦) (٧) في هذا المعنى: حامد فهمي: تأثير قانون التسجيل على قضايا الشفعة، (مجلة المحاماة السنة/٥ ص/٧٢٩ وما بعدها)، صليب سامي: الشفعة وقانون التسجيل (مجلة المحاماة السنة/٨ ص/٦٦٨، ٦٦٩)، عبد السلام ذهنى مشار إليه في محمود جمال الدين زكي بند/٢٢٧، هامش/٥.

(٨) (٩) أنظر حكم استئناف مصر (الدوائر المجتمعة) ٣/١٢/١٩٢٧ سابق الاشارة إليه، والأحكام العديدة الأخرى المشار إليها في محمود جمال الدين زكي بند/٢٢٧ الهوامش ٧، ٨، ٩.

١٥٧ ـ هذا ولا يحول دون اعتبار البيع باتا لازما، وصف العقد بأنه عقد ابتدائي ـ أخذا بالعرف الذي جرى على إطلاق هذا الوصف على عقود البيع العقاري التي لم تراع في تحريرها الأوضاع التي يتطلبها قانون التسجيل ـ متى كانت صيغته دالة على أن كلا من طرفيه قد ألزم نفسه الوفاء بما التزم به على وجه قطعي لا يقبل العدول[١].

وإذا كانت شروط العقد النهائي قد اختلفت عما كانت عليه في العقد الابتدائي وكان الشفيع لم يطلب الشفعة في العقد الابتدائي، كان له أن يأخذ بها لكن وفقا لشروط العقد النهائي. أما إن كان سبق أن طلبها في العقد الإبتدائي فإنه يكون بالخيار بين أن يمضي في هذا الطلب، أو يتقدم من جديد للأخذ بالشفعة في البيع النهائي، بشروطه.

١٥٨ ـ إنما يجب، ثانيا، أن يكون هذا البيع قائما وقت الأخذ بالشفعة. وهو مالا يتوافر لو كان باطلا بطلانا مطلقا.

أما البيع القابل للإبطال فلأنه ـ من الناحية القانونية ـ موجود ونافذ إلى أن يقضى بإبطاله، فإن الشفعة تجوز فيه. وعلى الشفيع أن يراعي مواعيدها محسوبة من يوم إبرام هذا العقد لا من يوم إجازته أو تقادم الحق في التمسك بإبطاله[٢]. ويكون مصير شفعته رهنا بمصير هذا العقد. فإذا تقرر إبطاله، وزال ـ من ثم ـ بأثر رجعي، زالت معه ملكية الشفيع.

١٥٩ ـ ويرى البعض أن الشفعة لا تثبت في البيع المعلق على شرط واقف وذلك على أساس أن هذا البيع ليس نافذا[٣]. أما محكمة النقض ومعها غالبية الشراح، فيرون جواز طلب الشفعة في البيع المقترن بالشرط، واقفا كان أو فاسخا، على أن تكون ملكية الشفيع الذي يُقضى له بالشفعة (والفرض أنه يحل محل المشتري) معلقة على ذات

---

(١) أنـظر، في هذا المعنى: نقض ١٢/٤/١٩٤٥ (خلف ٧٢٠ـ٢٧٨)، نقض ٢٦/١٢/١٩٤٦ (خلف ٧١٨ـ٢٧٧)، نقض ٢٦/٢/١٩٥٣ (خلف ٧١٩ـ٢٧٨)، نقض ١٢/٢/١٩٨٠ (خلف ٧٣٩ـ٢٨٧ وفيه قضت صراحة بأن: «عقد البيع الابتدائي يتولد عنه بمجرد قيامه حق الشفعة لكل من قام به سبب من أسبابها. ومن واجب الشفيع في هذا العقد أن يراقب ما يطرأ على أطرافه من تغيير في الصفة أو الحالة ليوجه إليهم إجراءات الشفعة بالوضع الصحيح الذي أصبحوا عليه وقت اتخاذها».

(٢) فلا يجوز للشفيع أن يفوِّت مواعيد الأخذ بالشفعة محسوبة من يوم إبرام العقد القابل للإبطال، حتى إذا ما أجاز البائع العقد، زعم الشفيع أن مواعيد الشفعة انفتحت له منذ هذه الإجازة. أنظر في هذا المعنى: السنهوري ص/٥٠٨ بند/١٧٠.

(٣) من هذا الرأي: محمد علي عرفة بند/٢٦٣. ويأخذ القانون اللبناني بنفس الحكم، أشار لذلك الصده ص/٤١٣ بند/٢٦٢.

الشرط[1]. وعلى أن يراعي الشفيع مواعيد الشفعة، التي تسرى ـ في الحالتين ـ من يوم إبرام العقد.

ثالثا: ألا يكون من البيوع التي منع المشرع الشفعة فيها:

١٦٠ ـ فلا شفعة طبقا لصريح المادة/٨٩٣ (أ) «إذا تم البيع بالمزاد العلني، وفقا لإجراءات رسمها القانون». ذلك لأن البيع الذي يتم على هذا النحو، تتاح فيه الفرصة للشفيع، إذا كان يريد أخذ المبيع، أن يدخل في المزاد. فضلا عما يؤدي إليه منع الشفعة في هذا الفرض إلى بيع المبيع بأكبر ثمن ممكن لأنه يحمل كل راغب فيه على التقدم للمزايدة.

على أنه يشترط أن يكون المزاد علنيًا من ناحية، وأن يكون من ناحية أخرى قد تم وفق الاجراءات التي رسمها القانون، إذ بهذين القيدين تتحقق الحكمة من المنع.

لكن يستوى بعد ذلك أن يكون هذا البيع جبريا، أو اختياريا. إداريا أو قضائيا.

٢ ـ كذلك ـ وطبقا لصريح نفس النص/ فقرة (ج) ـ لاشفعة «إذا أظهر الشفيع إرادته صراحة أو ضمنا، وقت البيع أو قبله، في أنه لا يرغب في الشراء بالشروط التي تم بها البيع».

وقد آثر المشرع أن يجعل هذا مانعا من الأخذ بالشفعة وليس سببا لسقوط الحق فيها، لأن سقوط الحق لا يكون إلا بعد ثبوته، وهو لا يثبت إلا على أثر البيع.

أما النزول عن الحق بعد البيع فقد نص عليه المشرع بين أسباب سقوط الشفعة. وسوف نعرض له، في موضع لاحق، حين نعرض لمسقطات الشفعة[2] [3].

ويفترض هذا المانع، أن الشفيع أتيحت له فرصة شراء المبيع، بأن بدأ البائع بعرضه عليه هو أولا وأطلعه على شروطه، وهو ما يغلب أن يحدث نظرا لما بين الشركاء في

---

(١) أنظر نقض ١٩٤٧/٤/٣ (مجموعة عمر السنة/٥ رقم/١٨٢ ص/٣٩٥)، نقض ١٩٥١/١/٢٩ (مجموعة أحكام النقض السنة/٣ رقم/٢٣ ص/١١٧)، نقض ١٩٨١/٣/١٢ (خلف ٧٤١ ـ ٢٨٨)، وأنظر أيضا: السنهوري ص/٥٠٣ بند/١٧٠، محمد كامل مرسي ص/٣٠٩ بند/٣٢٥، عبد الفتاح عبد الباقي ص/٣٣٣ بند/٣٤١، منصور مصطفى منصور ص/٣٣٧ بند/١٣٩، الصدة ص/٤١٣ بند/٢٦٢، محمود جمال الدين زكي ص/٤١١ بند/٢٢٦، البدراوي ص/٣٨١ بند/٢٨٠.

(٢) أنظر لاحقا بند/١٨٤.

(٣) وهناك مانع آخر من الأخذ بالشفعة منصوص عليه بذات المادة، سنعرض له في الموضع الخاص بالشروط المتعلقة بالمشفوع منه (المشتري). أنظر لاحقا بند/١٦٤.

الشيوع من صلة، ثم يرفض الشفيع هذا العرض: إما لأنه لا يريد المبيع أصلا أو لأنه لا يقبله بالشروط المعروضة. عندئذ إذا وجد البائع مشتريا يرضى بهذه الشروط فباع له فلا يجوز للشفيع أن يعود فيطلب الأخذ بالشفعة، مادام البيع تم للمشتري بذات الشروط التي سبق له هو رفضها أو بشروط أبهظ. أما إن كان تم بشروط أيسر، زال المانع بزوال مقتضيه وعاد للشفيع حقه في الأخذ بالشفعة بهذه الشروط.

خاتمـــة المطلب

الشفعة في حالة توالي البيوع

١٦١ ـ قد يبيع المشتري الحصة التي اشتراها، قبل أن يؤخذ فيها بالشفعة، فيثور التساؤل عن البيع الذي يقيم الحق في الشفعة: هل يجوز للشفيع أن يأخذ بالشفعة في البيع الأول، أم لا يكون له أن يأخذ بها إلا في البيع الثاني؟

تكفلت بالإجابة على هذا التساؤل المادة/ ٨٩٤ حين قضت بأنه: «إذا اشترى شخص ما تجوز الشفعة فيه، ثم باعه قبل أن يعلن الشفيع رغبته في الأخذ بالشفعة أو قبل أن يصبح إعلان الرغبة حجة على الغير وفقا للمادة/٨٩٧[١]، فلا يجوز الأخذ بالشفعة إلا من المشتري الثاني وبالشروط التي اشترى بها».

١٦٢ ـ ولم يشأ المشرع ـ محتذيا في ذلك حذو المشرع المصري ـ أن يأخذ بما تقضي به بعض التشريعات العربية فيجعل للشفيع في حالة توالي البيوع أن يأخذ بالشفعة دائما من المشتري الثاني بالثمن الذي قام على المشتري الأول، مع حق المشتري الثاني في استرداد الفرق من المشتري الأول إن وجد فرق[٢]. لم يأخذ بذلك لما قدّره من أن هذا الحكم ليس فيه حماية للمشتري الثاني حسن النية.

١٦٣ ـ ويبين من النص السابق، أنه:

أ ـ إذا كان البيع الثاني قد وقع بعد أن أعلن الشفيع رغبته في الأخذ بالشفعة وصار هذا الإعلان حجة على المشتري الثاني بعلمه به أو بتسجيله إن كان المبيع عقارا، فإن هذا البيع لا يكون حجة على الشفيع، الذي يمكنه تجاهله والسير في إجراءات الشفعة في البيع الأول وأخذ المبيع بالشفعة وفقا لشروطه[٣]، اللهم ـ بطبيعة الحال ـ إلا إذا وجد

---

(١) وهذه تجعل إعلان الرغبة حجة على الغير (والمشتري الثاني يعتبر ـ في هذا الإعلان ـ غيرا)، إذا علم به، فإذا كان المبيع عقارا كان تسجيل إعلان الرغبة قرينة قاطعة على هذا العلم.

(٢) وهذا هو حكم القانون الأردني (م/١١٥٤).

(٣) أنظر من تطبيقات القضاء المصري: نقض ٦/٦/١٩٣٥ (خلف ٨٥٥ـ٣٣٥).

أن شروط البيع الثاني أفضل بالنسبة له، حيث يمكنه عندئذ أن يشفع فيه، وبشروطه، متخذا إجراءات الشفعة في مواجهة المشتري الثاني؛ لأن عدم الاحتجاج على الشفيع بالبيع الثاني، على ما تقدم، هو حكم مقرر لمصلحته فيمكنه أن يتنازل عنه.

ب ـ أما إن كان البيع الثاني وقع قبل أن يعلن الشفيع رغبته في الأخذ بالشفعة، أو حتى بعد هذا الاعلان لكن قبل أن يصبح هذا حجة على المشتري الثاني بعلمه به أو بتسجيله، فإن هذا البيع يكون حجة على الشفيع الذي لا يستطيع أن يأخذ بالشفعة إلا فيه[1]. وقد يترتب على هذا الحكم، في بعض الأحيان، ألا تكون للشفيع ثمة شفعة، وذلك إذا كانت الشفعة في البيع الثاني الذي ليس له أن يأخذ بها إلا فيه، ممتنعة عليه[2] (كما لو كان مثلا وقع بين بعض الأقارب كما سنرى)[3]. لكن يجوز للشفيع أن يقيم الدليل على أن البيع الثاني صوري، قُصد به منعه من الأخذ بالشفعة[4] وهو يستطيع أن يقيم الدليل على ذلك بجميع الطرق[5] لتعلق الأمر بغش أو تحايل على القانون[6]. فإن نجح في هذا الإثبات جاز له أن يأخذ بالشفعة في البيع الأول، بشروطه، ومواعيد الشفعة فيه.

وبوجه عام، فإن انحصار حق الشفيع في الأخذ بالشفعة، في البيع الثاني، على ما بيّنا فرضه، مشروط بكون هذا البيع حقيقيا لا صوريا. وقد أكدت محكمة النقض

---

(١) ولو لم يكن مسجلا (حالة كون المبيع عقارا).

(٢) من هذا الرأي: السنهوري ص/٥٣١ بند/١٧٢، محمد كامل مرسي بند/٥١٥، عبد الفتاح عبد الباقي بند/٣٨٣، اسماعيل غانم ص/٧٦، منصور مصطفى منصور ص/٣٤١ بند/١٤٥، محمود جمال الدين زكي بند/٢٢٨.

وعكس ذلك: وأنه إذا امتنعت على الشفيع الشفعة في البيع الثاني كان له أن يشفع في البيع الأول، تأسيسا على أن حقه في الشفعة ثبت له أصلا منذ ذلك البيع، وأن من شأن القول بغير ذلك سقوط حقه في الشفعة بعد ثبوته، مع أن أسباب سقوط الحق في الشفعة محددة في القانون وليس من بينها بيع المال ثانية لأحد الأشخاص الذين لا يجوز استعمال الشفعة ضدهم. محمد علي عرفة ص/٤٩٥، ٤٩٦ بند/٢٩٤.

(٣) أنظر لاحقا بند/١٦٤.

(٤) وفي عبارات بليغة، جاء في حكم قديم لمحكمة النقض المصرية:

إن التحيّل لإبطال الشفعة مناقض للغرض المقصود منها، لأن الشفعة شرعت لدفع الضرر، فإذا ما أجيز التحيل لإبطالها كان ذلك عودا عن مقصود الشارع، يلحق الضرر الذي قصد إبطاله. فكل تحيل لإبطال الشفعة لا يصح للمحاكم أن تقره بوجه من الوجوه». نقض ١٧/٥/١٩٤٥ (خلف ٩٧٧-٣٨٠).

(٥) (٦) وفي هذا المعنى جاء في حكم للنقض أن: «تقدير قيام التحايل لإسقاط حق الشفعة هو من مسائل الواقع التي يستقل بها قاضي الموضوع، متى كان استخلاصه سائغا» ١٢/٢/١٩٨٠ (خلف ٩٨٠-٣٨٠).

المصرية ذلك في العديد من أحكامها[1]. وهي إذ تجعل من صورية البيع الثاني مُغنية للشفيع عن توجيه طلب الشفعة إلى المشتري الثاني[2]، توجب - مع ذلك - أن يتم إثبات الصورية في مواجهة هذا الأخير «لأنه صاحب الشأن الأول في نفي صورية عقد سلفه وإثبات عقده، ليكون الحكم الذي يصدر بشأن هذا العقد حجة له أو عليه»[3].

---

(١) أنظر: نقض ١٩٨١/١/٦ (خلف ٧٧٧-٣٠٤)، ١٩٧٥/٦/١١ (خلف ٧٥-٤١)، نقض ١٩٧٩/١١/٢٧ (خلف ٨٧٦-٣٤٢)، نقض ١٩٨١/٢/٢٦ (خلف ٧٧٨-٣٠٣)، ويلاحظ في هذه الأحكام أن المحكمة إذ أجازت إثبات الصورية بجميع الطرق فلكونها تنظر للشفيع باعتباره من الغير.

(٢) أنظر نقض ١٩٧٠/٤/١٤ (خلف ٩٤٩-٣٦٩)، والأحكام المشار إليها في الهامش التالي.

(٣) نقض ١٩٨١/٢/٢٦ (خلف ٧٧٨-٣٠٤)، وفي نفس المعنى: نقض ١٩٨٨/٤/٢٠ (خلف ٧٨٤-٣٠٨)، نقض ١٩٨١/٥/٢٧ (خلف ٧٧٩-٣٠٦).

المطلب الثالث

الشروط التي تتعلق بالمشفوع منه (المشتري)

١٦٤ - فضلا عن ضرورة كون المشفوع منه (المشتري) من غير الشركاء في الشيوع، يلزم ألا يكون هو أحد أصول أو فروع البائع، أو زوجه، أو قريبا له حتى الدرجة الثانية (م/٨٩٣/١ - (ب)).

والعلة في منع الأخذ بالشفعة من هذا المشتري، واضحة، وهي أن الصلة التي تربطة بالبائع، على هذا النحو، كثيرا ما تؤثر في شروط البيع، بل قد تكون هي التي أدت بالبائع إلى البيع بحيث لولاها لما باع، أو لما باع إلا بشرط أخرى. وهذه العلة تقتضي القول بأن الشفعة لا تجوز في مثل هذا البيع «ولو كان طالب الشفعة أقرب إلى البائع من المشتري»[١].

وقد اكتفى المشرع بأن يقف بالقرابة المانعة من الأخذ بالشفعة عند الدرجة الثانية[٢]، مقدرا أن العلة في المنع لا تتحقق في الأعم الأغلب إذا كان البيع لقريب أبعد من هذه الدرجة[٣]. كما أنه لم يجعل من صلة المصاهرة بين البائع والمشفوع منه (المشتري) سببا يمنع من الأخذ بالشفعة[٤] خلافا لبعض التشريعات العربية[٥].

---

(١) الصده ص/٤٠١ بند/٢٥٧.

(٢) أما القانون المصري فيصل بها إلى الدرجة الرابعة (م/٩٣٩).

(٣) (٤) أنظر المذكرة الإيضاحية تعليقا على المادة ٨٩٣/١ فقرة (ب).

(٥) كالقانون المصري الذي يمنع الشفعة إذا وقع البيع بين الأصهار لغاية الدرجة الثانية.

المطلب الرابع

الشروط التي تتعلق بالمشفوع فيه (المبيع)

المشفوع فيه حصة شائعة في مال (عقار أو منقول)، إحالة:

١٦٥ ـ ذكرنا أن الشفعة تنحصر ـ في القانون الكويتي ـ في طائفة الشركاء في الشيوع إذا بيعت حصة من المال الشائع لغير الشركاء. فيلزم إذن في المشفوع فيه (المبيع) أن يكون حصة شائعة، وإن استوى بعد ذلك أن تكون هذه شائعة في عقار أو منقول. وقد سبق بيان ذلك، فنحيل إليه[1].

مسألتـــــان:

ويبقى، مما يتصل بالمشفوع فيه (المبيع) بحث مسألتين، نوجزهما فيما يلي:

مشكلة بيع الشريك حصة مفرزة:

١٦٦ ـ إذا كان حق الشريك في طلب الشفعة يثبت ـ بلا خلاف ـ إذا بيعت حصة شائعة، من المال الشائع، فإن الخلاف يثور فيما لو ورد هذا البيع على جزء مفرز من هذا المال.

ويقف وراء هذا الخلاف، خلاف أولّي سابق عليه حول حكم مثل هذا البيع أساسا، ومدى جواز الاحتجاج به في مواجهة باقي الشركاء، وبالتالي مدى إمكان أن يؤدي إلى دخول المشتري شريكا معهم في الشيوع بدلا من البائع.

فالبعض على أن هذا البيع يكون صحيحا ونافذا في مواجهة باقي الشركاء، لكن نفاذه لا يكون بحسبانه بيعا لحصة مفرزة كما وقع من الشريك وإنما بحسبانه في حكم بيع لحصة شائعة، لأن الإفراز الذي قام به الشريك لا يحاج به باقي شركائه.

وحيث يؤدي نفاذه، على ما تقدم، إلى أن يصبح المشتري شريكا على الشيوع في المال الشائع بقدر الحصة المبيعة، بدلا من البائع، فإنه يجوز لأي من هؤلاء الشركاء أن يشفع في هذا البيع[2].

---

(١) راجع سابقا بند/ ١٢٠.

(٢) من هذا الاتجاه: محمد علي عرفه ص/٤١٢ بند/ ٢٣٥، عبد الفتاح عبد الباقي بند/ ٢٥١، البدراوي ص/ ٣٤١ بند/ ٢٣٧، وأنظر أيضا حكم النقض المشار إليه لاحقا.

ويدعم أنصار هذا الاتجاه وجهة نظرهم هذه، بحجتين إضافيتين: الأولى: أن النص الذي جعل من بيع الحصة من المال الشائع سببا يجيز للشريك في الشيوع أن يشفع فيه، ورد عاما، لم يفرق بين بيع شائع وبيع مفرز[1]. والثانية: أن من شأن الحل العكسي أن يمكّن من التحايل على أحكام الشفعة، من حيث سيكون بوسع الشريك الذي يريد البيع حرمان شركائه من أخذ المبيع بالشفعة بأن يبيع حصته مفرزة.

وقد جاء في حكم لمحكمة النقض المصرية، في هذا المعنى، أن مفاد نص المادتين ٨٢٦[2]، ٩٣٦[3] من القانون المدني أن «للمالك على الشيوع أن يبيع ملكه محددا مفرزا، ويقع البيع صحيحا[4]، . . . ومتى كان هذا البيع صحيحا وصدر لأجنبي، وكان الإفراز الذي تحدّد به المبيع لا يحاج به سائر الشركاء في الشيوع طالما لم تتم القسمة قضاء أو رضاء، مما يعتبر معه هذا التصرف بالنسبة لهم في حكم التصرف في قدر شائع، فإنه يبنى على هذا أن يثبت لهم حق الأخذ بالشفعة في ذلك البيع»[5].

١٦٧ ـ أما البعض الآخر، الذين يرون أن بيع الحصة المفرزة يكون قد ورد على ما ليس مملوكا للبائع، ومن ثم لا ينفذ في حق باقي شركائه، فلا يجيزون لهؤلاء أن يشفعوا في هذه الحصة المفرزة، لانتفاء الحكمة من الشفعة بانتفاء احتمال دخول المشتري الأجنبي، أصلا، شريكا بين المشتاعين[6]. وقياسا على ذلك يرون أيضا أنه لا

---

(١) والنص المقصود هو المادة/٩٣٦ فقرة (ب) مصري، وهو في هذا يجري على نفس نسق النص الكويتي المقابل، وهو نص المادة ١/٨٩٢ الذي يثبت الحق في الشفعة للشريك في الشيوع إذا «بيعت حصة» من المال الشائع لغير الشركاء.

(٢) وهي تقضي بأن «كل شريك في الشيوع يملك حصته ملكا تاما، وله أن يتصرف فيها. . . بحيث لا يلحق الضرر بحقوق سائر الشركاء». ويقابلها في القانون الكويتي نص المادة/٨١٩، وإن كانت فقرته الثانية تقول: «وله ـ أي للشريك ـ أن يتصرف في حصته الشائعة».

(٣) الذي يثبت الحق في الشفعة لـ (ب ـ الشريك في الشيوع إذا بيع شيء من العقار الشائع إلى أجنبي)، ويقابله في القانون الكويتي المادة/٨٩٢ـ١ .

(٤) وإن كانت المحكمة تستدرك قائلة: «وإن كانت حالة التحديد هذه تظل معلقة على نتيجة القسمة أو إجازة الشركاء في الشيوع».

(٥) نقض ١٩٨٠/٥/١ (مجموعة خلف ٧٤٠ـ٢٨٧)، وفي نفس المعنى، نقض ١٩٨٣/١/٣٠ (مجموعة خلف ٦٣٣ـ٢٤٨)، نقض ١٩٨٨/١/٢٠ (مجموعة خلف ٦٣٥ـ٢٤٩)، نقض ١٩٨٨/٦/٢٢ (مجموعة خلف ٦٣٦ـ٢٥٠).

(٦) من هذا الاتجاه: السنهوري ص/٥٥٠ بند/١٨١، شفيق شحاته بند/٢٤٤، منصور مصطفى منصور ص/٣١٣ بند/١٣٠، الصده ص/٣٥٥، ٣٥٦ بند/٢٣٠، محمود جمال الدين زكي ص/٤٢٨، ٤٢٩ بند/٢٣٥، ص/١٤٣ بند/٨٦.

يجوز لمشترى الجزء المفرز أن يشفع في حصة شائعة بيعت بعد شرائه، لأنه لا يعتبر، بمقتضى سنده، شريكا في المال الشائع [1].

وليس صحيحاً عند أنصار هذا الاتجاه، ما ذهب إليه أنصار الاتجاه الأول، من أن مشترى الجزء المفرز يصبح شريكا على الشيوع بقدر ما اشتراه، لأن هذه النتيجة تخالف إرادة المتعاقدين التي انصرفت إلى التصرف في جزء مفرز لا في حصة شائعة [2].

ويبدو أن محكمة التمييز في الكويت، من هذا الاتجاه، فقد جاء في حكم لها [3] أن «الشريك في المال الشائع، وإن كان له أن يتصرف في حصته الشائعة المعلومة منه كالنصف أو الثلث قبل القسمة، فليس له قبلها أن يتصرف في قدر مفرز من ذلك المال إلا بإجازة باقي شركائه فيه، لتعلق حقهم بالمبيع في هذه الحالة» [4].

قاعدة عدم جواز تجزئة الشفعة

١٦٨ ـ إذا كان للشريك في الشيوع خيار أخذ الحصة المبيعة بالشفعة، إلا أن هذا الخيار غير قابل للتجزئة indivisible.

ولم يشأ المشرع الكويتي أن يحذو حذو المشرع المصري فيترك حكم هذه المسألة للقواعد العامة، وإنما وضع في شأنها نص المادة/ ٨٩٥ الذي يجرى على النحو التالي: «ليس للشفيع أن يأخذ بعض المبيع، إلا إذا تعدد المشترون فله أن يأخذ نصيب بعضهم ويترك الباقي».

وفي شرحه لقاعدة عدم قابلية الشفعة للتجزئة، يطرح الفقه المصري افتراضات متعددة ويتقصّى حلولها الواجبة. وأغلب هذه الافتراضات يتصل بتقرير حق الشفعة على أساس التجاور في الملك. ولما كان المشرع الكويتي لم يأخذ بهذا السبب من أسباب الشفعة، فإن بعض هذه الافتراضات لا يثور أصلا في القانون الكويتي. وهو مالم ينتبه إليه بعض شارحي المادة/ ٨٩٥ من هذا القانون [5]، فعرض لفروض لا تقوم فيها

---

(١) انظر الصده ص/ ٣٥٢ بند/ ٢٢٨، محمود جمال الدين زكي ص/ ٤٢٩ بند/ ٢٣٥.

(٢) أنظر محمود جمال الدين زكي ص/ ٣٥٦ بند/ ٢٣٠.

(٣) كانت الدعوى فيه تخضع لمجلة الأحكام العدلية. وفي هذه المجلة تقضى المادة/ ١٠٧٥ بأن: «كل واحد من الشركاء في شركة الملك، أجنبي في حصة الآخر. ليس واحد وكيلا عن الآخر فلا يجوز تصرف أحدهما في حصة الآخر بدون إذنه».

(٤) تمييز ١/ ١٢/ ١٩٨٢، في الطعن ١٩٨٢/٣٣ تجاري (مجلة القضاء والقانون السنة ١١ عدد/ ٢ رقم/ ٢١ ص/ ٨٠).

(٥) أنظر إبراهيم الدسوقي أبو الليل ص/ ١٢٩، ١٣٠ بند/ ١١٥، ١١٦.

الشفعة أصلا حتى نقول بتجزئتها أو عدم تجزئتها[1].

١٦٩ ـ ونحن ـ في إطار انحصار الشفعة في طائفة الشركاء في الشيوع إذا بيعت حصة من المال الشائع لغير الشركاء ـ نعرض لتفاصيل عدم قابلية الشفعة للتجزئة، المقرر بالمادة/ ٨٩٥ على النحو التالي:

أ ـ إذا كان المبيع حصة شائعة واحدة: فليس للشفيع أن يأخذ بالشفعة في بعضها دون البعض، بل عليه أن يشفع فيها كلها، حتى ولو وجد معه شفعاء غيره. فكل منهم يجب عليه، إن كانوا يطالبون بالشفعة فرادي ـ أن يطلبها في الحصة المبيعة بأكملها، وقد أشرنا لذلك، وبينا مبرره ـ في موضع سابق[2].

ب ـ وإذا تعدد مشترو هذه الحصة: فظاهر نص المادة/ ٨٩٥ أن بإمكان الشفيع أن يأخذ نصيب هؤلاء المشترين ويترك الباقي.

وإذا فهم النص على هذا النحو، يكون المشرع قد جانبه التوفيق فيه. لأنه قد يتصور أن يكون هؤلاء المشترين اشتروا هذه الحصة صفقة واحدة قصد استخدامها في مشروع واحد[3]، بحيث يترتب على إجازة الشفعة في نصيب بعضهم دون الباقين الإضرار بغرضهم من مشتراها. لذلك يجب تفسير النص ـ في هذا الفرض ـ على ضوء ظروف كل حالة على حدة. فيكون الأصل أن الصفقة هنا مجزأة أصلا، ما لم يقم الدليل على وحدتها[4].

جـ ـ وإذا كان المبيع أكثر من حصة: فإن الصفقة تكون من حيث الأصل مجزأة[5]. فيجوز للشفيع أن يشفع في إحدى هذه الحصص دون الأخريات. إلا إذا أقام المشترى الدليل على وحدة هذه الصفقة. وقد يستخلص القاضي من تزامن بيع أكثر من حصة ولنفس المشتري قرينة على تواطؤ بين بائعي الحصص والمشتري بقصد تعجيز شريكهم في الشيوع (الشفيع) عن الأخذ بالشفعة في مجموع الحصص المبيعة.

---

(١) أنظر مثلا قوله: «تكون الصفقة واحدة، رغم تعدد المشترين، إذا بيع المال الشائع كله وليس حصة منه فقط... الأمر الذي يحول دون تجزئة الشفعة في هذه الحالة» ص/ ١٢٩ بند/ ١١٥. وواضح انه إذا بيع المال الشائع كله فلن تكون ثمة شفعة بعد ذلك أصلا حتى نقول بتجزئتها أو عدم تجزئتها.

(٢) راجع سابقا بند/ ١٤٢.

(٣) بعد صيرورتها مفرزة بقسمة المال مع باقي المشتاعين شركاء من باع لهم حصته.

(٤) بل يذهب البعض أكثر بعدا ويعطى لهذا الفرض حكما موحدا، وهو عدم جواز الأخذ بالشفعة من بعض هؤلاء المشترين دون البعض، أنظر محمود جمال الدين زكي بند/ ٢٢١.

(٥) خصوصا إن كان المشترون متعددين.

والحال ـ في الفرض محل البحث ـ أن الحصص المبيعة شائعة في مال واحد، حتى يكون هناك محل للتساؤل عما إذا كان للشريك في الشيوع في هذا المال أن يأخذ بعض هذه الحصص أم يجب أن يشفع فيها كلها، لأنها إن كانت متعددة في أكثر من مال، فقد لا يكون للشفيع أن يأخذ بالشفعة في بعض هذه الحصص أصلا لكونه غير شريك في المال الذي تشيع فيه[1].

د ـ بقي فرض نطرحه من قبيل الاستطراد النظري البحت، وهو: أن يكون المبيع أكثر من حصة في أكثر من مال شائع، وبيعت كلها لغرض واحد، حالة كون الشفيع شريكا في الشيوع في واحد من هذه الأموال فقط.

عندئذ لن تكون ثمة شفعة للشفيع، لأن بعض هذه الحصص ليس له الحق في أن يشفع فيه أصلا، والبعض الآخر[2] لا يستطيع أخذه وحده، بالشفعة، حتى لا تتجزأ الصفقة على المشتري.

---

(١) ومع ذلك التبس الأمر في ذهن البعض، فاعطى المثال التالي، أن يكون المبيع حصة شائعة في مدرسة وحصة شائعة في مبنى شيد وجهز كمعمل لهذه المدرسة. وقال فيه: «فلا يجوز الأخذ في أحد هاتين الحصتين دون الأخرى لما يترتب على ذلك من تفرقة الصفقة على المشتري»، أنظر إبراهيم الدسوقي أبو الليل ص/ ١٣٠ بند/ ١١٦. والحقيقة أن الشفيع قد لا يكون له أن يشفع في إحدى هاتين الحصتين أصلا، كما بيناه في المتن.

(٢) الذي له الحق في أن يشفع فيه.

المبحث الثاني

إجراءات الشفعة

تمهيد:

إذا لم يتم أخذ المبيع بالشفعة رضاء من جانب المشتري كان للشفيع أن يحصل على حكم بها. على أنه - في سبيل الوصول إلى هذا الحكم - يجب عليه أن يتخذ بعض الإجراءات، وفي مواعيد محددة. وإلاّ سقط حقه في الشفعة.

وتتلخص هذه الإجراءات في ثلاثة على النحو التالي:

١ - اعلان الشفيع[١] رغبته في الأخذ بالشفعة:

الإعلان ومواعيده:

١٧٠ - فأول ما يجب على من يريد الأخذ بالشفعة، عمله، هو «أن يعلن رغبته فيها رسميا إلى كل من البائع والمشتري. . » (م/٨٩٧-١).

فالإعلان يجب أن يكون رسمياً، بأن يتم على يد مندوب الإعلان، ولا يغني عن ذلك أي إجراء آخر، فلا يكفي - مثلا - الإخطار بالبريد ولو كان مصحوبا بعلم الوصول. إنما لا يعني القول بضرورة رسمية الإعلان حصوله بورقة مستقلة سابقة على إعلان صحيفة دعوى الشفعة.«ومن ثم فلا على الشفيع إن أعلن رغبته في ذات إعلان الصحيفة، مادام قد تم في الميعاد (كما سنراه) واستكمل مقومات إعلان الرغبة»[٢].

ويوجه إعلان الرغبة إلى كل من البائع والمشتري، ولا يغني إعلان أحدهما به عن إعلان الآخر. فإذا وجه إلى أحدهما في الميعاد الذي يحدده القانون - كما سنراه - ولم يوجه إلى الآخر إلا بعد انقضائه، سقط الحق في الشفعة. وإذا تعدد البائعون أو المشترون،

---

(١) ويصح الإعلان - بداهة - من نائب الشفيع، وإذا كان النائب وكيلا فلا يشترط أن يكون مفوضا في اتخاذ هذا الإجراءات تفويضا خاصا. . . لأن القانون لا يستلزم ذلك». أنظر: نقض ١٩٨٨/٢/٢٤ (خلف ٨٨٤-٣٤٥).

(٢) نقض ١٩٧٠/١٢/١٠ (خلف ٧٦٥-٢٩٨).

تعين إعلانهم جميعا بالرغبة في الأخذ بالشفعة، خلال المدة القانونية. ويتم الإعلان على النحو المبين بقانون المرافقات[1].

١٧١ - ويجب أن يتم هذا الإعلان خلال خمسة عشر يوما من تاريخ علم الشفيع بالبيع والإسقط حقه (م/٧٩٨-١)[2].

والمقصود بالعلم الذي يبدأ به سريان هذا الميعاد هو العلم الشامل[3] والتفصيلي[4] بشخص كل من البائع والمشتري[5] كليهما، وبالمبيع، والثمن[6]، والشروط الأساسية للبيع. باختصار هو العلم الذي يمكّن صاحب الحق في الشفعة من تقرير رغبته فيها أو عنها[7].

والعبرة فيه بالعلم الواقعي. فهو العلم الذي يجب على المحكمة أن تتحراه وأن تقيم على ثبوته بالذات حكمها بسقوط حق الشفيع إن تجاوز المهلة المحددة لإعلان رغبته في الشفعة. وهي إن جاز لها أن تستخلص هذا العلم مما في الدعوى من أدلة وقرائن تؤدي

---

(١) ولأن من المقرر أن بطلان الإجراء المعيب لا يحكم به مادام لم يترتب عليه ضرر للخصم (م/١٩ مرافعات).
فقد قضى بأنه: إذا كان الثابت أن إعلان الرغبة في الأخذ بالشفعة قد وجه من الشفيع إلى المشفوع منه (المشتري) في محل تجارته وليس في موطنه، فردّ عليه بإعلان وجهه إليه أقر فيه بأنه تلقى إعلان الرغبة ولاحظ على بياناته مجانبتها للحقيقة فسارع إلى تصحيحها... مما يدل على تحقق الغاية التي يبتغيها المشرع من وراء هذا الإجراء... فإن الحكم المطعون فيه، إذ خالف هذا النظر وانتهى إلى تأييد القضاء بسقوط الحق في الشفعة لبطلان إعلان الرغبة فيها يكون قد خالف القانون وأخطأ في تطبيقه». نقض ١٦/٣/١٩٧٧ (خلف ٧٦٨-٢٩٩).

(٢) وطبقا للقواعد العامة، تحسب هذه المدة من اليوم التالي ليوم العلم. راجع في تطبيق لذلك: نقض ٢٠/٦/١٩٣٥ (خلف ٧٥٥-٢٩٥).

(٣) (٤) أنظر في هذا المعنى: نقض ٢٩/١٠/١٩٤٥ (خلف ٧٨٦-٣١٠)، نقض ٢٦/١٢/١٩٤٦ (خلف ٧٩٠-٣١٢).

(٥) أنظر في عدم اعتبار العلم كافيا لعدم معرفة المشتري: نقض ٢٦/١٢/١٩٤٦ (خلف ٧٩٠-٣١٢).
وقضى بأن: علم الشفيع بأسماء بعض المشترين دون بعض لا يعتبر علما ناقصا لمجرد ذلك، بل هو علم تام فيما يتعلق بمن علم بهم، ويسرى من تاريخه الميعاد الذي نص عليه القانون لطلب الشفعة بالنسبة إليهم. ويبقى حق الشفيع قائما بالنسبة إلى من عداهم منوطا بعلمه بأسمائهم. ومن تاريخ هذا العلم يسرى في حقه هذا الميعاد. أنظر نقض ٩/٣/١٩٥٠ (خلف ٧٩٥ - ٣١٤)، نقض ٥/١١/١٩٧٣ (خلف ٧٩٦ - ٣١٤).

(٦) أنظر من تطبيقات القضاء نقض ٢٩/١١/١٩٥١ (خلف ٧٢٢ - ٢٧٩).

(٧) في هذا المعنى نقض ٢٩/١١/١٩٥١ (خلف ٧٢٢ - ٢٧٩)، نقض ٨/٤/١٩٧١ (خلف ٧٠٨-٢٧٥)، نقض ٩/٣/١٩٧٧ (خلف ٨٦٦ - ٢٩٨)، نقض ٢١/٢/١٩٨٠ (خلف ١٠٦٠ - ٤٩٠) نقض ١٨/٢/١٩٨١ (٧٧٠ - ٣٠١).

إليه عقلا[1]، إلا أنها لا يصح أن تكتفي في هذا الشأن بالعلم الافتراضي، وإلا كان حكمها معيبا بمخالفة القانون[2].

ولا يرفع عن الشفيع واجب إظهار رغبته في الأخذ بالشفعة في الميعاد، ما قد يقع من النزاع بين البائع والمشتري على تكييف العقد، أو على قوته الملزمة: لأن الشارع قد جعل مجرد العلم بداية حتمية لسريان الميعاد، ورتب على فواته سقوط حق الشفعة[3].

وليس يكفي للقول بأن الشفيع قد التزم المهلة المحددة قانونا لإعلان الرغبة في الشفعة، مجرد كونه سلّم ورقة إعلان هذه الرغبة لمندوب الإعلان خلالها، وإنما يجب أن يكون الإعلان تاما بمفهوم قانون المرافعات، بمعنى تسليم صورة الاعلان للمعلن إليهما (البائع والمشتري) أو في موطنيهما، على حسب الأصول المرسومة في القانون. فإذا لم يتم هذا في الميعاد سقط حق الشفيع[4].

١٧٢ ـ ولما كانت مهلة الإعلان لا تبدأ إلا من يوم علم الشفيع بوقوع البيع علما فعليا على ما قدمناه، ولأن هذا العلم من الأمور التي يصعب إثباتها، فقد أجاز القانون «لأيّ من البائع والمشتري أن يوجه للشفيع إنذاراً رسميا يعلمه بالبيع» وأوجب أن يشتمل هذا الإنذار على عدة بيانات «وإلا كان باطلاً، وهي : » أ ـ اسم كل من البائع

---

(١) راجع في أمثلة لقرائن استخلصتها محكمة الموضوع وأقرتها محكمة النقض: نقض ١٩٤٩/٢/١٠ (خلف ٧٩٧ ـ ٣١٤)، نقض ١٩٥٢/٥/٨ (خلف ٨٠٢ ـ ٣١٦)، نقض ١٩٣٦/٥/٢١ (خلف ٨٠٣ ـ ١١٧).

وراجع في أمثلة لقرائن لم تقرها: نقض ١٩٤٥/١/١٨ (خلف ٧٨٩ ـ ٣١١)، نقض ١٩٥٠/٥/٢٥ (خلف ٨٠٤ ـ ٣١٧).

(٢) وقد جاء في حكم للنقض أن «الحكم الذي يقصر عن تحري العلم الواقعي الذي يحتمه القانون إلى العلم الافتراضي الذي لا يكفي في هذا المقام، يكون قد خالف القانون» نقض ١٩٤٦/٣/٧ (خلف ٧٨٧ ـ ٣١٠).

وقضى بأنه: «إذا كان الحكم قد أثبت علم الشفيع ببيع العين المراد أخذها بالشفعة، ولكنه ارتكن في إثبات علمه بالثمن على مجرد قوله انه لم يكن متعذرا على الشفيع أن يتم علمه بالثمن، فإن هذا القول لا يكفي لإثبات هذا العلم لأنه لا يخرج عن كونه مجرد احتمال لا يبلغ درجة القرينة الجائز الاعتماد عليها في الاثبات» نقض ١٩٥٣/١٠/٢٩ (خلف ٧٨٦ـ٣١٠).

(٣) أنظر في هذا المعنى: نقض ١٩٤٦/١٢/٢٦ (خلف ٧١٨ ـ ٢٧٧)، نقض ١٩٥٣/٣/٢٦ (خلف ٧١٩ ـ ٢٧٨).

(٤) فالمادة/ ٤ مرافعات تقضي بأنه: «إذا نص القانون على ميعاد حتمي لاتخاذ إجراء يحصل بالإعلان، فلا يعتبر الميعاد مرعيا إلا إذا تم الإعلان خلاله».

وانظر في تطبيق لذلك: نقض مصري ١٩٤٥/٤/١٢ (خلف ٧٥٢ ـ ٢٩٤)، نقض ١٩٤٩/١٢/٢٩ (خلف ٧٥٣ ـ ٢٩٤).

والمشتري ولقبه وموطنه. ب ـ بيان المبيع بيانا كافيا. جـ ـ بيان الثمن وشروط البيع (م/٨٩٦)[1]. فإذا تم هذا الإنذار الرسمي، اعتبر «قرينة قاطعة» على علم الشفيع بالبيع (م/٨٩٧ـ١).

وقضى بأنه لا يعفي الشفيع من واجب إعلان رغبته في الأخذ بالشفعة في الميعاد القانوني ادعاءه بصورية الثمن الوارد في هذا الإنذار. فعليه أن يعلن رغبته في الميعاد[2]، وله بعد ذلك أن يطعن في هذا الثمن أمام المحكمة ويثبت صوريته بجميع طرق الإثبات[3].

١٧٣ ـ وغني عن البيان، أنه لا شيء يمنع الشفيع، إن شاء، أن يعلن رغبته في الأخذ بالشفعة قبل أن يوجه إليه البائع أو المشتري هذا الانذار[4].

١٧٤ ـ وحبذا لو حذا المشرع الكويتي حذو نظيره المصري فجعل الإنذار الرسمي للشفيع بوقوع البيع إجباريا لا جوازيا. فمن شأن ذلك القضاء على كثير من المشاكل التي يمكن أن تثور في العمل، بإسناد مبدأ سريان مهلة إعلان الرغبة في الشفعة إلى تاريخ محدد بدلا من إسنادها إلى واقعة قد تكون محل خلاف ويثير إثباتها صعوبة، وهي واقعة علم الشفيع الفعلي بالبيع.

١٧٥ ـ وفي كل الأحوال، فإنه إذا كان المبيع المراد أخذه بالشفعة عقارا، فإن حق الشفيع في الشفعة يسقط، إذا لم يعلن رغبته في الأخذ بها خلال ثلاثة أشهر من يوم تسجيل البيع (م/٩٠٣ ـب).

الاحتجاج بإعلان الرغبة على الغير:

١٧٦ ـ ويجعل القانون لإعلان الشفيع رغبته الأخذ بالشفعة، أثرا يتعدى البائع والمشتري، إلى الغير. ولكن حماية هذا الأخير اقتضت جعل هذا الأثر رهن علمه بدوره بهذا الإعلان. فإن كان المبيع عقارا كان تسجيل إعلان الرغبة قرينة قاطعة أيضا على هذا العلم[5].

---

(١) وقضى بأنه: إذا تضمن هذا الإنذار إنكار حق الشفيع المعلن إليه في الأخذ بالشفعة، فإن ذلك لا يعد إنذارا بالمعنى المقصود بالمادة/٩٤١ مدني مصري (المقابلة للمادة/٨٩٦ كويتي). نقض ١٩٨١/٢/١٨ (خلف ٧٧٠ـ٣٠١).

(٢) (٣) أنظر نقض ١٩٦٣/١١/٧ (خلف ٨٣٣ـ٣٢٨).

(٤) أنظر نقض ١٩٨١/٣/١٢ (خلف ٧٧١ـ٣٠١)، نقض ١٩٨١/٣/١٧ (نقض ٧٧٢ـ٣٠٢).

(٥) فتقضي الفقرة الثانية من المادة/٨٩٧ بأنه: «ولا يكون إعلان الرغبة حجة على الغير إلا إذا علم به، فإذا كان المبيع عقارا فيكون تسجيل إعلان الرغبة قرينة قاطعة على علم الغير».

ويقصد بالغير هنا الأشخاص الذين قد يتصرف إليهم المشتري في المال المشفوع فيه أو بوجه عام كل الذين قد تتقرر لهم حقوق عينية على هذا المال.

وتطبيقا لذلك قضت المادة/٩٠٢ بأنه: «١ ـ لا يسرى في حق الشفيع أي تصرف من المشتري من شأنه نقل الملكية أو ترتيب حق عيني آخر، إذا كان قد صدر بعد التاريخ الذي أصبح فيه إعلان الرغبة حجة على الغير وفقا للمادة/٨٩٧. ٢ ـ ويكون للدائنين المقيدة حقوقهم ما كان لهم من أولوية فيما آل إلى المشترى من ثمن».

كما أن من تطبيقاته أيضا ما سبق أن أشرنا إليه ـ فيما يتعلق بالشفعة في حالة توالي البيوع من أنه: «إذا اشترى شخص ما تجوز الشفعة فيه ثم باعه قبل أن يعلن الشفيع رغبته في الأخذ بالشفعة أو قبل أن يصبح إعلان الرغبة حجة على الغير وفقا للمادة/٨٩٧، فلا يجوز الأخذ بالشفعة إلا من المشتري الثاني وبالشروط التي اشترى بها» (م/٨٩٤). وأساس هذا الحكم ما سبق أن قلناه من أن المشتري من المشتري يعتبر من الغير في حكم المادة/٩٠٢ مدني.

٢ ـ إيـداع الثمن:

١٧٧ ـ ويجب على الشفيع أن يودع خزانة إدارة التنفيذ، كل الثمن الحقيقي الذي حصل به البيع، وذلك قبل رفع دعوى الشفعة، وبالأكثر قبل مضى ثلاثين يوما على إعلان رغبته في الأخذ بالشفعة، وإلا سقط حقه (م/٨٩٨). وللمحكمة أن تقضي بهذا السقوط من تلقاء نفسها[1].

ويظل هذا الإيداع، خلال هذه المهلة، لازما على الشفيع، بحسبانه شرطا لقبول دعوى الشفعة وضمانا لجدية الشفيع في طلبها[2]، أوجبه القانون[3] بصرف النظر عما عسى أن يكون هنالك من اتفاق بين المشترى والبائع حول موعد الوفاء بالثمن. فإذا فرض أن كان هذا الأخير قد منح المشتري أجلا للوفاء، فإن هذا الأجل لا يعفى الشفيع من ضرورة التقيد بالمهلة التي نص عليها القانون. ولا تعارض بين اشتراط

---

(١) أنظر: نقض ١٩٥٣/١٢/٣١ (خلف ٩٠٩ ـ ٣٥٥)، نقض (١٩٧٨/٦/٢٨ (خلف ٩٣٦ ـ ٣٦٤)، نقض ١٩٨٣/٢/٣ (خلف ٩٤١ ـ ٣٦٥).

(٢) في هذا المعني نقض ١٩٦١/١٠/١٦ (خلف ٩٢٩ ـ ٣٦١)، نقض ١٩٦٦/١٠/١٨ (خلف ٩٣٢ ـ ٣٦٢).

(٣) وتبرر محكمة النقض هذا الإلتزام بأنه: «ليس إلا مظهرا من مظاهر تقييد الشفعة، للتوفيق بين القائلين بإلغاء هذا النظام ورأي القائلين بإبقائه»، نقض ١٩٥٤/١/٢٨ (خلف ٩٠٥ـ٣٥٣)، وفي نفس المعنى: نقض ١٩٥٣/١/٢٢ (خلف ٩٠٦ ـ ٣٥٤).

القانون هذا الإيداع لقبول دعوى الشفعة وبين ما نص عليه في المادة/ ٩٠٠-٢ (المقابلة للمادة/ ٩٤٥ مصري) من أنه لا يحق للشفيع «الانتفاع بالأجل الممنوح للمشتري في دفع الثمن إلا برضاء البائع»، «ذلك أن البائع لا يملك إعفاء الشفيع من شرط أوجبه القانون. كما أن هذا النص إنما ورد بصدد بيان آثار الشفعة، أي بعد أن يثبت حق الشفيع في الشفعة رضاء أو قضاء ويصبح الثمن من حق البائع وحده، فيكون له في هذه الحالة أن يمنح الشفيع في الوفاء به الأجل الممنوح للمشتري»[١].

١٧٨ ـ ويكون للشفيع ـ في حالة الثمن الصوري ـ أن يودع ما يعتقد أنه الثمن الحقيقي[٢،٣]. على أن يثبت صحة هذا الاعتقاد بمعنى أن يقيم الدليل على أن البائع والمشتري اتفقا على ذكر ثمن في العقد أكبر من الثمن الحقيقي لحرمانه من الأخذ بالشفعة[٤]. وله أن يقيم هذا الدليل بجميع الطرق[٥]، من حيث يتعلق الأمر بغش أو تحايل على القانون.

إنما يجب أن يقيم هذا الدليل أثناء نظر الدعوى. فإن عجز عن ذلك اعتبر أنه قد تخلف عن الإيداع المفروض عليه قانونا وسقط حقه في الشفعة، حتى ولو أبدى استعداده للقيام بتكملة الإيداع أو حتى قام بتكملته أثناء نظر الدعوى[٦]. وقضى، في هذا المعنى بأنه، إذا ما أودع الشفيع «ما ظنه الثمن الحقيقي ثم ظهر أنه على خلافه، فإنه يكون بذلك مجازفاً وعليه خطره، ويكون بهذا الإيداع الناقص قد عرّض حقه في الأخذ بالشفعة للسقوط»[٧].

١٧٩ ـ أما على العكس، إذا كان الثمن المذكور في العقد أقل من الثمن الحقيقي، فيكفي أن يودع الشفيع الثمن المذكور في العقد، مادام أنه حسن النية لا

---

(١) نقض ١٩٦٣/١١/٧ (خلف ٨٣٠ ـ ٣٢٧)، وأنظر أيضا نقض ١٩٥٣/١٢/٣١ (خلف ٩٠٨ ـ ٣٥٤)، نقض ١٩٧٦/١/٢٩ (خلف ٩٣٤ ـ ٣٦٢).

(٢) نقض ١٩٥٩/٤/٢ (خلف ٩٢٣ ـ ٣٥٩) والأحكام المشار إليها في الهامش التالي.

(٣) نقض ١٩٨٠/٤/١ وفيه قضت بأن اشتراط إيداع الثمن المسمى في العقد ولو كان صوريا، يعد قيدا لا يحتمله نص المادة/٩٤٢-٢ (المقابلة للمادة/٨٩٨ كويتي) (طلبة ص/٤٢٧)، وأنظر أيضا نقض ١٩٨٠/٤/١ (خلف ٩٣٧ ـ ٣٦٤).

(٤) (٥) أنظر نقض ١٩٥٩/٤/٢ (خلف ٩٢٤ ـ ٣٥٩)، نقض ١٩٦٣/١١/٧ (خلف ٨٣٣ ـ ٣٢٨)، نقض ١٩٦٣/١٢/٥ (خلف ٩٣١ ـ ٣٦١).

(٦) في هذا المعنى: الصدة ص/ ٤٤٥ بند/ ٢٧٧، محمود جمال الدين زكي بند/ ٢٦٠.

(٧) نقض ١٩٥٥/٢/١٠ (خلف ٩١١ ـ ٣٥٦)، وأنظر أيضا نقض ١٩٦٣/١٢/٥ سابق الإشارة إليه، نقض ١٩٦٩/٥/١ (خلف ٩٣٣ ـ ٣٦٢).

يعلم بحقيقة الثمن، فيكون الإيداع في حد ذاته صحيحا[1]. أما ما يلتزم الشفيع بدفعه من ثمن في النهاية لقاء المبيع الذي يشفع فيه، فمسألة محل خلاف بين الشراح، تفريعا على اختلافهم حول مدى إمكان اعتبار الشفيع من الغير بالنسبة إلى التصرف الصوري المشفوع فيه[2]. وقد سبق أن تبنّينا الرأي الذي لا يرى في الشفيع غيرا. وتفريعا على ذلك نرى - مع أنصار هذا الاتجاه[3] - أنه يجوز لكل من طرفي التصرف الصوري المشفوع فيه، أن يثبت الثمن الحقيقي. فإذا نجح في ذلك، وجب على الشفيع أن يدفع هذا الثمن.

٣ - رفع دعوى الشفعة:

١٨٠ - وكإجراء أخير «يجب على الشفيع أن يرفع الدعوى بالشفعة على كل من البائع والمشتري، خلال ثلاثين يوما من تاريخ إعلان الرغبة»، شرط أن يكون سبق أن أودع خزانة إدارة التنفيذ كل الثمن الحقيقي الذي حصل به البيع - على ما قدمناه - وإلا سقط حقه (م/٨٩٨). وللمدعي عليهما أن يتمسكا بهذا السقوط في أية حالة كانت عليها الدعوى. وللمحكمة أن تقضي به من تلقاء نفسها[4].

وحيث تحسب مدة الثلاثين يوما من تاريخ إعلان الشفيع رغبته الأخذ بالشفعة لكل من المشتري والبائع، ترى محكمة النقض أنه، إذا ما فرض وكان الشفيع قد أعلنهما بهذه الرغبة أحدهما بعد الآخر، فإن العبرة، في بدء سريان هذه المدة، تكون بالإعلان

---

(١) في هذا المعنى: السنهوري ص/٦٦٠ بند/٢١٢، محمود جمال الدين زكي بند/٢٦٠.

(٢) راجع سابقا بند/١٤٦.

(٣) أنظر: السنهوري ص/٦٦٠ بند/٢١٢، الصده ص/٤١٩ بند/٢٦٣، ص/٤٤٥ بند/٢٧٧، محمود جمال الدين زكي بند/٢٢٦، وقرب: محمد كامل مرسي بند/٢٩٥
وعكس ذلك:
نقض ١٤/٤/١٩٤٩ (مجموعة عمر جـ/٥ رقم/٤٠٨ ص/٧٥٦)، نقض ٢٩/١/١٩٥٣ (مجموعة أحكام النقض ٤-٥٩-٤١١)، نقض ٣٠/١٢/١٩٦٥ (مجموعة أحكام النقض ٢٦-٢١٧-١٣٨٤)، نقض ٢٧/١١/١٩٧٥ (طلبة ص/٤٢٧)، نقض ١٥/٥/١٩٥٢ (خلف ٩٤٣-٣٦٧)، وإجمالا فإن محكمة النقض ثابتة على هذا الاتجاه لا تحيد عنه.

(٤) في هذا المعنى: السنهوري ص/٦٨٥ بند/٢٢٠، محمد كامل مرسي ص/٤٤٠ بند/٤٤٧، أسيوط الكلية ١٣/٦/١٩٣٧ (المحاماة السنة ١٨ رقم/١٨٥ ص/٣٦٩)، وعكس ذلك: محمود جمال الدين زكي ص/٤٨٤ بند/٢٦٤.

الأخير[1].

وتتحدّد المحكمة المختصة بهذه الدعوى طبقا للقواعد العامة، وبحسبان دعوى الشفعة دعوى عينية، من حيث الشفعة سبب لكسب الملكية. أما كونها عينية عقارية أو عينية منقولة فهو وقف على طبيعة المال المشفوع فيه.

ونص المادة/٨٩٨ واضح في ضرورة رفع دعوى الشفعة على البائع و المشتري كليهما، فلا يكفي رفعها على أحدهما ولو كان هو المشتري. ومن يتوفى منهما يجب اختصام ورثته جميعا فيها[2]. فدعوى الشفعة، من هذا، تكون دعوى متعددة الأطراف وجوبا. وهذا التعدد يجب مراعاته في جميع مراحل هذه الدعوى[3]. فإذا رفعت في أي مرحلة ولم يخاصم فيها من يجب اختصامه قضت المحكمة ولو من تلقاء نفسها بعدم قبولها[4]. وإذا تعدد مشترو الحصة المبيعة، وجب إقامة الدعوى عليهم جميعهم[5]. فإن كانوا يتعددون في عدة حصص وجب إقامتها عليهم جميعهم أيضا إذا كان الشفيع يرغب أخذ هذه الحصص بالشفعة جميعا[6].

وحيث تعتبر الدعوى مرفوعة من يوم إيداع صحيفتها إدارة كتاب المحكمة، فإنه يلزم لصحة رفع دعوى الشفعة، أن يكون الشفيع سبق إلى إيداع الثمن خزانة إدارة التنفيذ قبل إيداع صحيفة الدعوى إدارة الكتاب[7]. بيد أن القانون لم يشترط فاصلا زمنيا بين هذين الإجراءين، فيمكن ـ من ثم ـ القيام بهما في يوم واحد، شرط أن يسبق إيداع الثمن إيداع الصحيفة.

ولما كانت مدة الثلاثين يوما هي مدة معينة في القانون لمباشرة إجراء رفع الدعوى فيها، فإنه يمكن ـ طبقا للمادة/١٨ مرافعات ـ أن يزاد عليها ميعاد مسافة، ووفقا للتنظيم

---

(١) أنظر نقض ١٩٤٧/١١/٢٧ (خلف ٨١٥ ـ ٣٢٢)، نقض ١٩٧٦/٥/٢٥ (خلف ٨٣٨ ـ ٣٢٩)، نقض ١٩٨١/٤/٢٩ (خلف ٨٤٠ ـ ٣٣٠).

(٢) نقض ١٩٤٧/١١/٢٧ (خلف ٨١٥ ـ ٣٢٢).

(٣) أمام أول درجة، وفي الاستئناف، وأمام التمييز.

(٤) أنظر: نقض ١٩٤٨/٢/١٩ (خلف ٨٤١ ـ ٣٣٠)، نقض ١٩٥٠/٦/١٥ (خلف ٨٤٤ ـ ٣٣١) نقض ١٩٥٦/٢/٩ (خلف ٨٦١ ـ ٣٣٨)، نقض ١٩٥٩/٤/٢ (خلف ٨٦٨ ـ ٣٣٩) نقض ١٩٦١/٤/١٧ (خلف ٨٦٩ ـ ٣٤٠) نقض ١٩٧٠/١١/١٠ (خلف ٨٧٣ ـ ٣٤١)، نقض ١٩٧٣/١١/١٣ (خلف ٨٧٤ ـ ٣٤١)، نقض ١٩٧٣/١١/٢٩ (خلف ٨٧٥ ـ ٣٤٢)، نقض ١٩٨١/٣/٣ (خلف ٨٧٨ ـ ٣٤٢)، نقض ١٩٨٨/١/٢٠ (خلف ٨٨٢ ـ ٣٤٤)، نقض ١٩٨٨/٥/٤ (خلف ٨٨٥ ـ ٣٤٦).

(٥) (٦) ١٩٥٣/١٢/٢٤ (خلف ٨٢٠ ـ ٣٢٣).

(٧) نقض ١٩٨٠/٦/١٣ (خلف ٨٣٩ ـ ٣٣٠).

المقرر بهذه المادة.

١٨١ - فإذا راعي الشفيع كل ما تقدم من القيود، فإن الحكم الذي يصدر نهائيا بثبوت الشفعة يعتبر سندا لحقوقه والتزاماته، «وذلك دون إخلال بالقواعد المتعلقة بالتسجيل» (م/٨٩٩)[1].

---

(١) أنظر لاحقا البنود ١٩٥ - ١٩٧.

المبحث الثالث

مسقطات الشفعة

حصر، وإحالة:

١٨٢ ـ قد يتخلف شرط أو أكثر، من الشروط اللازم توافرها حتى ينشأ للشفيع خيار الشفعة فلا ينشأ هذا الخيار أصلا، أو في عبارة مساوية فيمتنع الأخذ بالشفعة.

١٨٣ ـ وقد تتوافر كل شروط هذا الخيار عند صدور البيع، لكن شرطا منها، أو أكثر، يزول، قبل تمام الأخذ بالشفعة فيزول أو يسقط حق الشفيع، ويتعين عدم الاستمرار في إجراءات الشفعة: كما لو وقعت قسمة للمال الشائع فلم يعد الشفيع شريكا في الشيوع، أو أن يتقرر إبطال البيع المشفوع فيه قبل صدور الحكم بالشفعة ... الخ.

كذلك، يسقط حق الشفيع عدم اتخاذه إجراء من إجراءات الأخذ بالشفعة، أو عدم استيفائه شروط الإجراء، أو عدم تقيده بمواعيده.

وهكذا فمسقطات الشفعة كثيرة، ويمكن استخلاصها من كل ما تقدم دراسته من شروط الأخذ بها وإجراءاتها. وهذا هو المعنى الذي كان يقصده المشرع، عندما نص في الفقرة (جـ) من المادة/٩٠٣ على أن حق الأخذ بالشفعة يسقط أيضا «في الأحوال الأخرى التي نص عليها القانون».

ويبقى من مسقطات الشفعة لم نعرض له حتى الآن، سقوطها بالتنازل عنها، فنكرس له هذا المبحث، مختتمين بالتأكيد على عدم سقوط الشفعة بموت الشفيع.

سقوط الحق في الشفعة بالتنازل عنه:

١٨٤ ـ بدا من الحصر السابق[1] أن مسقطات الشفعة تختلف عن موانعها. ومن ثم كان المشرع على حق حين جعل من ضمن الأحوال التي يمتنع فيها الأخذ بالشفعة (أو التي لا تجوز فيها الشفعة ابتداء)، حالة ما إذا أظهر الشفيع إرادته صراحة

---

(١) أنظر سابقا بند/١٨٢، ١٨٣.

أو ضمنا وقت البيع أو قبله في أنه لا يرغب في الشراء بالشروط التي تم بها البيع» (٤/٨٩٣ ـ جـ). فوضع المسألة ـ على هذا النحو ـ موضعها الصحيح، إذ لم يكن من الدقة أن يجعلها من بين أسباب سقوط الحق في الشفعة، لأن سقوط الحق لا يكون إلا بعد ثبوته، وهو لا يثبت إلا على أثر البيع. وقد سبق بيان هذا المانع من موانع الشفعة والفرض الذي يعمل فيه[1].

١٨٥ ـ أما النزول عن الحق في الشفعة بعد البيع فقد نص عليه المشرع بين أسباب سقوط الحق في الأخذ بالشفعة، حين قضى في المادة ٩٠٣/٣ بأنه: «يسقط الحق في الأخذ بالشفعة أ ـ إذا نزل الشفيع عن حقه في الأخذ» بها «صراحة أو ضمناً».

وننوه ـ قبل الخوض في تفاصيل هذا السبب ـ إلى أننا سوف نعرض، في هذا الموضع، للنزول عن الشفعة عموما دون تفرقة بين ما يكون منه سابقا على البيع وما يكون لاحقا عليه، حتى تكتمل الصورة فيه. تحت تحفظ أن النزول اللاحق على البيع هو وحده الذي يعتبر من مسقطات الحق في الأخذ بالشفعة.

١٨٦ ـ فالشفعة كأي حق أو خيار، يمكن التنازل عنها من جانب من تقررت له، وهو الشفيع، لاشك في ذلك. وهذا التنازل يمكن ـ بحسبانه تعبيرا عن الإرادة ـ أن يكون صريحا ويمكن أن يكون ضمنيا.

إنما يلزم في النزول الضمني أن يكون ما يستفاد منه ناطقاً في انصراف النية إليه، لأن التنازل عن الحق لا يفترض. فلا بد فيه، اذن، من صدور عمل أو تصرف من الشفيع، يفيد حتما رغبته عن استعمال خيار الاستشفاع بأن ينطوي على اعتبار المشتري مالكا نهائيا للمبيع[2]. واستخلاص ذلك من مسائل الواقع التي يستقل بها قاضي الموضوع متى كان استخلاصه سائغا[3][4].

---

(١) أنظر سابقا بند/١٦٠.

(٢) في هذا المعنى: نقض ١٩٨٠/٥/٢٩ (خلف ٩٦٨ ـ ٣٧٦)، نقض ١٩٨٢/١١/٢٤ (خلف ٩٧٥ ـ ٣٧٩)، نقض ١٩٧٨/١/١٠ (خلف ٩٦٦ ـ ٣٧٦)، نقض ١٩٨١/١/١٨ (خلف ٩٦٩ ـ ٣٧٦).

(٣) نقض ١٩٨٢/١١/١١ (خلف ٩٧٣ ـ ٣٧٦).

(٤) أنظر في استخلاصات لمعنى تنازل ضمني، أقرتها محكمة النقض: ١٩٤٥/١٢/٢٠ (خلف ٩٥٩ ـ ٣٧٣)، وفي استخلاصات رفضتها: نقض ١٩٤٦/١٢/٥ (خلف ٩٥٨ ـ ٣٧٢): وأنظر في استخلاصات بعدم استفادة تنازل ضمني، أقرتها محكمة النقض: نقض ١٩٧٤/٣/١٤ (خلف ٩٦٤ ـ ٣٧٥)، نقض ١٩٨١/١/٨ (خلف ٩٦٩ ـ ٣٧٦).

وقضى ـ تبعا لذلك ـ بأنه لا يعد من قبيل النزول الضمني عن الشفعة، رفض الشفيع أخذ المال المشفوع فيه بالثمن الذي طلبه المشتري منه لاستكثاره هذا الثمن على الثمن الحقيقي[1]. وبأنه، لا يفيد النزل عن حق الشفعة ما كان من مساومة بين الشفيع والمشتري حول تنازل الأول عنها[2]، إلى غير ذلك من الأمثلة[3].

ومن أمثلة النزول الضمني، أن يقوم الشفيع، هو نفسه، بالوساطة في البيع بين البائع والمشتري «أو حتى تهنئته للمشتري بالصفقة[4]. أو اعتباره المشتري شريكا في الشيوع معه مكان البائع[5]. أو ـ بدلا من اتخاذ إجراءات الشفعة ـ مساومته المشتري على الحصة المبيعة بأن يطلب منه بيعها له بثمن شرائه أو بما يزيد عليه[6]«فإن ذلك يعني طلب تمليك بعقد جديد من هذا المشتري، وفي ذلك دلالة الرضا به مالكا بمقتضى البيع الصادر له»[7]، إلى غير ذلك من الأمثلة[8].

١٨٧ ـ وكما يجوز النزول عن الشفعة بعد البيع، فالنزول عنها قبله جائز[9]. بل ربما هو الأكثر شيوعا في العمل حتى يستطيع المشتري أن يأمن جانب الشفيع قبل أن يقدم على الشراء. ولا خطر منه، على الشفيع « لأنه يعلم مقدما كنه حقه الذي يتنازل عنه، ومداه، وأثر تنازله عنه»[10]. ولخروجه على المباديء العامة ـ من حيث أن الأصل هو عدم جواز النزول عن الحق قبل ثبوته ـ يصعب تفسير تقريره إلّا برغبة المشرع في التضييق من الأخذ بالشفعة بتسهيل فرص النزول عنها[11].

وترى محكمة النقض في «ما يعبر عنه بالنزول عن الشفعة قبل البيع» تعهد من

---

(١) أنظر نقض ١٩٤٥/١٢/٢٠ (خلف ٩٥٩ ـ ٣٧٣).

(٢) أنظر نقض ١٩٨١/١/٨ (خلف ٩٦٩ ـ ٣٧٦).

(٣) أنظر مثلا نقض ١٩٧٤/٣/١٤ (خلف ٩٦٤ ـ ٣٧٥)، نقض ١٩٤٥/٢/١٥ (خلف ٩٧٧ ـ ٣٧٢).

(٤) (ضمنا) من حكم نقض ١٩٥٦/٣/١٥ (خلف ٩٦٢ ـ ٣٧٥).

(٥) استئناف (مصري) مختلط ١٨٩٥/١١/٢٦ مشار إليه في محمود جمال الدين زكي بند/٢٢٢ هامش/٣.

(٦) (٧) نقض ١٩٨٢/١١/١١ (خلف ٩٧٤ ـ ٣٧٩).

(٨) أنظر مثلا نقض ١٩٨٧/١٢/٢٩ (٩٧١ ـ ٣٧٩).

(٩) ونص المادة/٩٠٣/أ سابق الاشارة يعمم. ومقابله في القانون المصري (وهو نص المادة/٩٤٨ـأ) يصرح بجواز النزول عن الشفعة ولو قبل البيع. وهذا الحكم يخالف رأي فقهاء الشريعة الإسلامية، أشار لذلك محمود جمال الدين زكي بند/٢٢٢ هامش/١١ نقلا عن الأستاذ على الخفيف، كما ورد ضمن حكم نقض ١٩٥٢/٣/٢٠ (خلف ٩٥٢ـ٣٧١).

(١٠) نقض ١٩٥٢/٣/٢٠ (مجموعة أحكام النقض السنة/٣ رقم/١١٣ ص/٦٥٨).

(١١) في هذا المعنى: محمود جمال الدين زكي بند/٢٢٢.

الشفيع بالامتناع عن استعمال حق الشفعة عند حصول البيع[1]». وقد فرّعت على هذا التحليل وجوب أن يكون هذا النزول صريحاً[2]. لكنها في أحكام لاحقة، حادت عن استلزام أن يكون النزول المسبق صريحا، حين قضت بأن «قيام مالك الأرض بإقامة بناء عليها بقصد تمليك طوابقه أو شققه للغير بطريق البيع، يعد نزولا منه عن حقه في أخذ الطوابق أو الشقق بالشفعة عند إعادة بيعها، باعتباره المفهوم الصحيح لإرادة المالك الأصلي في نظام تمليك الطوابق أو الشقق»[3].

١٨٨ ـ وللشفيع أن يتنازل عن الشفعة حتى بعد سبق طلبها. وليس للمشتري أن يطالبه في هذه الحالة بالتعويض، لأنه بهذا التنازل يستعمل حقه في حدود القانون[4]. إنما إن تم الأخذ بالشفعة رضاءً أو قضاءً، فلا يجوز للشفيع أن يعدل بعد ذلك عنها إلا بموافقة المشتري.

١٨٩ ـ وبالمقابلة، فإنه إذا ما ثبت نزول الشفيع عن حقه في الشفعة، فإنه لا يكون له بعد ذلك أن يعود إلى طلبها، وإن جاز له ـ بداهة ـ أن يطالب بها في بيع جديد[5].

عدم سقوط الشفعة بموت الشفيع (انتقال حق الشفيع بالميراث):

١٩٠ ـ وطبقا لصريح نص المادة/ ٩٠٤ «لا يسقط الحق في الأخذ بالشفعة بموت الشفيع، وإنما ينتقل إلى ورثته».

وهذا النص يحسم خلافا شديدا، كان و مايزال يثور في الفقه والقضاء المصريين حول أثر موت الشفيع على الحق في الشفعة ومدى قابلية هذا الحق للانتقال بالميراث إلى الورثة، وذلك لعدم تضمّن التشريع المصري نصا مماثلا للنص الكويتي، إذْ آثر المشرع هناك أن يترك هذه المسألة لاجتهاد القضاء بعد أن كثر الخلاف حولها.

وهذا الخلاف هو انعكاس ـ في حقيقة الأمر ـ لخلاف في الفقه الاسلامي ـ المصدر التاريخي للشفعة ـ حول نفس المسألة:

١٩١ ـ فعند الشافعي ومالك ـ أن حق الشفعة يورث، فيحل الوارث محل مورثه

---

(١) (٢) نقض ١٩٦٠/٣/١٠ (خلف ٩٦١ ـ ٣٧٤).

(٣) نقض ١٩٨١/٤/١٩، نقض ١٩٧٨/٦/٧ سابق الاشارة إليها.

(٤) استئناف مصر ١٩٢٢/٢/٢٨ (المحاماة السنة/٢ رقم/١٠٥ ص/٣٢٩).

(٥) نقض ١٩٥٢/٣/٢٠ سابق الإشارة إليه.

لأنه حق متعلق بالمال وقد ثبت لصاحبه بسبب ما يملك من مال، فإذا انتقل ذلك المال إلى الوارث انتقل إليه بحقوقه. وذهب أحمد إلى أنه يورث إذا ما تقرر بالمطالبة، لتأكده وتحققه حينئذ، أما قبل المطالبة فلا يورث. أما الحنفية فحق الشفعة لا يورث عندهم، إذْ هو إرادة ومشيئة والوارث لا يرث مورثه في رغباته لأنها صفات شخصية.

١٩٢ - وعن هذا الخلاف، ذهب البعض في الفقه المصري، قبل العمل بالتقنين المدني الحالي، إلى جواز التوارث في الشفعة، فيما رأي آخرون سقوطها بموت الشفيع. وفي القضاء، ذهبت بعض الأحكام إلى انتقال حق الشفعة إلى الورثة، فيما قضت أغلبيتها بسقوطه بموت الشفيع قبل الحكم له به، ورجحت محكمة استئناف مصر بدوائرها المجتمعة هذا القضاء الأخير.

أما محكمة النقض فأخذت بالرأي الأول وقضت بانتقال خيار الشفعة بالإرث إلى ورثة الشفيع[١]. وحيث كان الجدل مستعرا على هذا النحو حول هذه المسألة عند وضع التقنين المدني المصري الحالي، آثر المشرع تركها لاجتهاد القضاء. فخرج التقنين خلوا من نص يحسمها، وبقي الجدل قائما بشأنها حتى الآن.

فالبعض على أن حق الأخذ بالشفعة لا يسقط بموت الشفيع بل ينتقل إلى ورثته حتى ولو كان الشفيع مات قبل إعلان الرغبة في الأخذ بالشفعة وقبل رفع الدعوى بها[٢]. والبعض الآخر على أنه يورث فقط إذا كان الشفيع سبق أن رفع الدعوى بالشفعة قبل وفاته[٣]، تأسيسا على أن الشفعة - قبل رفع الدعوى بها - تكون مجرد رخصة لا ترقى إلى مرتبة الحق فلا تنتقل للورثة[٤]. فيما يرى البعض الثالث أنها لا تورث حتى ولو كان الشفيع مات بعد أن رفع دعوى الشفعة[٥] لأن ملكية الشفيع لم تستمر في هذه الحالة لحين الحكم بالشفعة والوارث لا يستطيع الأخذ بالشفعة لأنه لم يكن مالكاً وقت البيع[٦]. أما محكمة النقض فلا تزال عند موقفها السابق، وترى أن الخيارات جميعا، بما فيها خيار الشفعة، تنتقل قانونا إلى ورثة من له الخيار، لأنها حقوق مالية يجري فيها التوارث مجراه في المال[٧].

---

(١) راجع في عرض لهذا الخلاف، وأنصار كل رأى وحججهم: السنهوري بند/١٦٣ ص/٤٥٩ وما بعدها، محمود جمال الدين زكي بند/٢٢٠ ص/٣٩٣.

(٢) من هذا الرأي: شفيق شحاته بند/٢٥٨، الصده ص/٤٧٥ نبد/٢٨٨، منصور مصطفى منصور بند/١٥٠، لبيب شنب بند/١٠٢ ص/١٠٦، أنور طلبه ص/٣٥٢.

(٣) (٤) من هذا الرأي: محمد على عرفه بند/٣٦، السنهوري بند/١٦٣، عبد الفتاح عبد الباقي بند/٢٦٠.

(٥) (٦) من هذا الرأي: اسماعيل غانم بند/٩٢، وقرب البدراوي ص/٣٦٨ وما بعدها بند/٢٦٧.

(٧) أنظر: نقض ١٩٣٩/٦/٨ (خلف ٩٨١ - ٣٨١)، نقض ١٩٤٦/١/٣١ (خلف ٩٨٣ - ٣٨١)، نقض ١٩٨١/٢/٢٤ (خلف ٩٨٥ - ٣٨٢)، نقض ١٩٨٧/١٠/٢١ (خلف ٩٨٦ - ٣٨٢).

المبحث الرابع

آثار الأخذ بالشفعة

فكرة حلول الشفيع محل المشتري:

١٩٣ - تتحدد آثار الشفعة في ضوء فكرة عامة، تحكم جميع هذه الآثار، وهي أن الشفيع، بأخذه المبيع بالشفعة، إنما يحل في الواقع في نفس مركز المشتري، وذلك في جميع حقوق هذا الأخير والتزاماته. وقد عبرت عن هذه الفكرة المادة/٩٠٠-أ حين قضت بأن «يحل الشفيع قبل البائع محل المشتري في جميع حقوقه والتزاماته»[1]. كما عبرت عنها محكمة النقض المصرية حين قضت بأنه: «يترتب على الأخذ بالشفعة، تحويل الحقوق والالتزامات ما بين البائع والمشتري إلى ما بين البائع والشفيع»[2]. وقد فرّعت على ذلك، زوال «صلة البائع بالمشتري فيما لكل منهما من الحقوق على الآخر بموجب عقد البيع، لتكون صلته في تلك الحقوق بالشفيع»[3].

وفي ضوء هذه الفكرة، نوجز - فيما يلي - آثار الأخذ بالشفعة، مقتصرين على بحث هذه الآثار في علاقة الشفيع بالمتبايعين (البائع والمشتري). أما العلاقات القانونية التي قد تنشأ بين الشفيع والغير على أثر ما قد يكون المشتري رتبه على المال المشفوع فيه من حقوق عينية قبل أن يؤخذ منه هذا المال بالشفعة، فقد سبق أن تناولناها عند دراستنا لأثر إعلان الرغبة في الأخذ بالشفعة ومدى إمكان الاحتجاج به على الغير. فنحيل - في هذه العلاقات - إلى ذلك الموضع[4] مذكّرين فقط بما تقضي به المادة/٩٠٢ من أنه «١ - لا يسري في حق الشفيع أي تصرف من المشتري من شأنه نقل الملكية أو ترتيب حق

---

(١) ويقابلها - في القانون المصري المادة ١/٩٤٥.

(٢) (٣) نقض ١٨/١/١٩٥١ (خلف ٩٨٧ - ٣٨٤). وقد رتبت على هذا التصوير، أن دعوى الشفعة - بحكم كونها الإجراء الذي يتم به هذا التحويل قضاء، يجب أن تكون دائرة بينهم الثلاثة كذلك، ومن ثم يتحتم اختصامهم جميعا في جميع مراحل التقاضي وإلا كانت غير مقبولة.

وأنظر عرض للأراء المختلفة التي قيلت في تأصيل الأساس القانوني لحلول الشفيع محل المشتري، مذكور في ابراهيم الدسوقي أبو الليل، التكييف القانوني للشفعة بحث منشور بمجلة المحامي س/١٢ يونية ١٩٨٩ بند/١١١ وهامش رقم/٢٤٨.

(٤) راجع سابقا بند/١٧٦.

عيني آخر، إذا كان قد صدر بعد التاريخ الذي أصبح فيه إعلان الرغبة حجة على الغير وفقا للمادة/٨٩٧.

٢ ـ ويكون للدائنين المقيدة حقوقهم ماكان لهم من أولوية فيما آل إلى المشتري من ثمن»[١].

تملك الشفيع للمبيع :

١٩٤ ـ متى كان مقتضى الأخذ بالشفعة رضاءً أو قضاءً، حلول الشفيع محل المشتري في مواجهة البائع، ترتب على ذلك أن يتملك الشفيع المبيع موضوع التصرف المشفوع فيه. ويكون سند ملكيته رضاء المشتري، إذا تم الأخذ بالشفعة رضاء، وإلا فحكم المحكمة إذا تم الأخذ بالشفعة قضاء، وفي هذا الشأن تقضى المادة/ ٨٩٩ بأن «الحكم الذي يصدر نهائيا بثبوت الشفعة يعتبر سندا لحقوق الشفيع والتزاماته، وذلك دون إخلال بالقواعد المتعلقة بالتسجيل»[٢][٣].

١٩٥ ـ غير أن التساؤل الذي يفرض نفسه في هذا الصدد هو عن الوقت الذي نقول فيه بأن الشفيع حل، قبل البائع، محل المشتري في البيع الذي أبرمه بحيث نعتبر الشفيع قد تملك المشفوع فيه منذ ذلك الوقت، مالم يكن عقارا فيتراخي انتقال الملكية إلى وقت التسجيل، تماما كما كان الأمر سيكون بالنسبة للمشتري لو لم تكن شفعة؟.

ونص المادة/ ٨٩٩ سالفه الذكر، ونظيره المصري، لا يسعفان في هذا الشأن. فلفظة «سند» المستخدمة فيهما هي لفظة ملتبسة في هذا الموضع ولا تبين المعنى المحدد المقصود منها. فحين يقول المشرع أن الحكم النهائي الصادر بثبوت الشفعة يعتبر سندا لملكية الشفيع، يظل التساؤل واردا: هل السند هنا هو السند بمعنى دليل الملكية أو حجيتها، فيكون الحكم، على هذا، مقررا لحق الشفيع في الملكية أو كاشفا عنه، أم هو السند بمعنى السبب القانوني المنشيء لحق الملكية، فيكون الحكم، على هذا هو المنشيء لهذا الحق، لأن لفظة «سند» تحتمل المعنيين. وبالمفهوم الأول: ستكون الملكية للشفيع من

---

(١) وتواجه الفقرة الأخيرة فرض ما لو نشأت على المشتري ديون مقيد ضمانها على المال المشفوع فيه. وحكمها فيه مفهوم، فالحماية التي تقيمها للشفيع، بتقرير عدم نفاذ هذه القيود في حقه، لا تمنع ـ بداهة ـ من أن تبقى للدائنين حقوقهم في الأولوية على ما يؤول إلى المشتري من ثمن.

(٢) ويقابها في القانون المصري نص المادة/٩٤٤.

(٣) وفي معناه أيضا جاء في حكم لمحكمة النقض أنه: «إذا كان حق الشفيع في طلب الأخذ بالشفعة إنما ينشأ بالبيع مع قيام المسوغ، فإن العين المشفوعة لا تصير إلى ملك الشفيع، في غير حالة التراضي، إلا بالحكم النهائي القاضي بالشفعة» نقض ١٩٤٦/١٠/٣١ (خلف ٩٨٨ ـ ٣٨٤).

يوم صدور البيع المشفوع فيه، وبالمفهوم الثاني ستكون له من يوم صدور الحكم النهائي[1].

الإجابة على التساؤل السابق قسمت الفقه والقضاء إلى اتجاهين على طرفي نقيض:

١٩٦ ـ فثمة اتجاه أول يرى أنصاره أن التراضي على الشفعة أو الحكم بثبوتها ليس هو الذي يجعل منها سببا لإنتاج آثارها، بل يقتصر على فض النزاع الذي يثور بين ذوي الشأن حول قيامها. ومتى انقطع هذا النزاع، رضاء أو قضاء، حلّ الشفيع بحكم القانون محل المشتري في البيع المشفوع فيه، وتحولت الصفقة بعد أن كانت بين البائع والمشتري، إلى أن تكون بين البائع والشفيع. ويكون ذلك ـ عند البعض منهم ـ منذ أن وجدت الصفقة، أي منذ تمام البيع بين البائع والمشتري[2]، فيما يكون عند بعضهم الآخر من وقت اكتمال عناصر الشفعة، وهي تكتمل، عند البعض، بإعلان الرغبة فيها[3]، وعند البعض الآخر برفع دعوى الشفعة[4].

وهكذا لا يكون التراضي على الشفعة أو الحكم بثبوتها عند أنصار هذا الاتجاه جميعا، منشئاً لحق الشفيع أو ناقلا للملكية المشفوع فيه إليه، بل يكون مجرد كاشف عن حقه فيه أو مقرر لملكيته له. ويكون المشرع ـ باستخدامه اصطلاح «السند» نعتا للحكم بثبوت الشفعة ـ قد قصد استخدامه في معنى أنه هو دليل الملكية وحجيتها.

١٩٧ ـ أما الاتجاه الذي ساد في الفقه[5]، وفي القضاء[6]، فيذهب ـ على النقيض ـ إلى أن التراضي على الشفعة أو الحكم النهائي بثبوتها هو الذي ينشيء حق الشفيع. فيكون ـ من ثم ـ حلول هذا الأخير، في البيع، محل المشتري، وبالتالي، انتقال الملكية

---

(١) إلا إذا كان المبيع عقارا فيتعين ـ في الحالتين ـ مراعاة القواعد المتعلقة بالتسجيل.

(٢) وهذا ما ذهبت إليه المذكرة الايضاحية للقانون المدني المصري، *أنظر* جـ/٦ ص/٤٤٠، ومن *هذا الرأي أيضا*: محمود جمال الدين زكي بند/٢٦٧ والأحكام المشار إليها فيه هامش/٧، السنهوري ص/٧٠٥ بند/٢٢٦، وقارن ـ مع ذلك ـ ص/٧٠٢ بند/٢٢٥ حيث يجعل انتقال الملكية للشفيع من وقت أن تقوم الشفعة مستكملة لعناصرها بإبداء الشفيع رغبته في الأخذ بها.

(٣) من هذا الرأي: حسن كيره، وأنور سلطان مشار إليهما في السنهوري ص/٧٠٦، هامش/١، وبعض الأحكام القضائية المشار إليها في نفس الموضع. وقال به الأستاذ السنهوري نفسه ص/٧٠٢ بند/٢٢٥،

(٤) من هذا الرأي: محمد علي عرفه بند/٣١٣.

(٥) من هذا الرأي: محمد كامل مرسي بند/٤٨٣، شفيق شحاته بند/٢٧٦، اسماعيل غانم ص/٩٦، الصده ص/٤٨١ بند/٢٩١، منصور مصطفى منصور بند/١٥٢، البدراوي ص/٤١٠ بند/٣١٥، عبد الفتاح عبد الباقي بند/٢٢٦، محمد لبيب شنب ص/١١٨، ١١٩ بند/١١٥.

(٦) أنظر الأحكام العديدة المشار إليها في محمود جمال الدين زكي بند/٢٦٧ هامش/١١.

إلى الشفيع، من وقت هذا الحكم، بحيث يظل المشتري ـ إذا كان الأمر يتعلق بعقار ـ هو المالك للعقار المشفوع فيه لغاية تاريخ تسجيل الحكم النهائي بثبوت الشفعة.

وقد أخذت بهذا الرأي محكمة الاستئناف الوطنية (المصرية) (بدوائرها المجتمعة) [1] كما استقرت عليه محكمة النقض منذ حكمها الشهير في ٣١ أكتوبر ١٩٤٦ [2] الصادر في ظل قانون الشفعة المصري القديم. وأسسته على سند من القول بأن الشارع إذْ جعل الحكم بثبوت الشفعة سندا لملكية الشفيع فإنما أراد به «السبب القانوني المنشيء لحق الملكية لا دليل الملكية أو حجيتها» [3] بما يترتب عليه من أن المشفوع فيه لا يصير «إلى ملك الشفيع إلا بعد هذا الحكم، أما قبله فلا، لأن المسبّب لا يوجد قبل سببه ولأن ما جعله الشارع من الأحكام منشئاً للحقوق لا ينسحب على الماضي» [4]. ولم تعبأ المحكمة بالقاعدة العامة التي تقضي بأن الأحكام تكون مقررة للحقوق لا منشئة لها، لأن «الشارع نفسه هو الذي جعل حكم الشفعة منشئا لحق الشفيع» [5].

ولم يكن لإلزام الشفيع ـ في التقنين المدني المصري الحالي ـ بايداع كل الثمن الحقيقي الذي تمّ به البيع قبل رفع دعوى الشفعة (كما هو الحال أيضا في القانون الكويتي) من أثر على رأى محكمة النقض، فظلت على قضائها السابق. ولم تر في هذا الإلزام الجديد ما ينمّ «عن رغبة المشرع في العدول إلى رأى القائلين بارتداد ملكية الشفيع إلى وقت إتمام إجراءات المطالبة بالشفعة، وإنما كان ذلك تمشيا مع اتجاهه في التضييق من حق الشفعة وضمانا لجدية طلبها» [6] [7].

حق الشفيع في تسلّم المبيع (مشكلة إدخال المشتري زيادة على المشفوع فيه):

١٩٨ ـ وللشفيع ـ متى تمّ له الأخذ بالشفعة ـ أن يتسلم الحصة المبيعة، إما من المشتري إن كان هذا قد تسلمها من البائع، أو من البائع. وفي عبارة مساوية يمكن أن نقول أن أيا من هذين الأخيرين يكون ملتزما بتسليم الحصة المبيعة إلى الشفيع متى تم لهذا الأخير الأخذ بالشفعة.

ونظراً لأن المبيع ـ محل الالتزام بالتسليم أو الحق في التسلّم ـ يتمثل في حصة شائعة،

---

(١) في ١٩٢٣/٣/٢٩ (المحاماة السنة/٣/ رقم/٢٠٠ ص/٢٦٦).

(٢) ـ(٥) مجموعة عمر جـ/٥ رقم/١٠٣ ص/٢٢٠، وفي نفس المعنى: نقض ١٩٥١/٢/١٥ (خلف ٩٨٩ ـ ٣٨٥)، نقض ١٩٥٧/١١/١٤ (خلف ٩٩٠ ـ ٣٨٦).

(٦) نقض ١٩٥٩/٥/١٤ (خلف ٩٩٣ ـ ٣٨٧).

(٧) راجع في الرد على أسانيد محكمة النقض هذه، السنهوري ص/٧١٨ ـ ٧٢٧ بند/٢٢٩.

فإن التسليم أو التسلّم لن يأخذ، عملا، مظهرا مستقلا بحيث يكون له كيان ذاتي متميز، لأن أيا من المشتري أو البائع لم تكن له أصلا يد مستقلة على المبيع، وإنما سيتمثل تقريبا في مجرد تغيير في نطاق المركز القانوني السابق للشفيع في علاقته بشركائه في الشيوع بأن يتسع هذا النطاق بحيث يشمل، إلى جانب ما كان للشفيع قبل الشفعة من حصة في المال الشائع، نسبة الحصة التي كسبها بالشفعة.

١٩٩ ـ وينقل المشرع الكويتي[1]، عن القانون المدني المصري (م/٩٤٦)، نصا يواجه به فرض ما لو كان المشتري ـ قبل أن يسترد منه المبيع بالشفعة ـ قد أدخل عليه بعض الزيادات من بناء أو غراس أو نحوه، وهو ما يفترض في الغالب أن يكون المشفوع فيه عقارا (أرضا)، فنص في المادة/٩٠١ على أنه: «١ ـ إذا زاد المشتري في المشفوع فيه شيئا، من بناء أو غراس أو نحوه، قبل أن يعلنه الشفيع برغبته في الأخذ بالشفعة، كان الشفيع ملزما تبعا لما يختاره المشتري، أن يدفع ما أنفقه أو مازاد في قيمة المشفوع فيه بسبب ما أحدثه. ٢ ـ فإذا كان المشتري قد أحدث الزيادة بعد أن أعلنه الشفيع بالرغبة، كان للشفيع إما أن يطلب الإزالة، أو يستبقي الزيادة مقابل دفع ما أنفقه المشتري أو مازاد في قيمة المشفوع فيه بسببها».

وواضح ـ قبل أن نعقّب على هذا النص ـ أن المشرع قد نظم، حقوق المشتري ـ في الحالة التي يعتبر فيها في حكم سيء النية لكونه بنى أو غرس في المشفوع فيه بعد أن أعلنه الشفيع برغبته في الأخذ بالشفعة ـ تنظيما يبدو فيه أنه كان أكثر تعاطفا معه، منه مع من أقام منشآت في أرض الغير بسوء نية، وفق ما سبق أن عرضنا له عند دراستنا لأحكام الالتصاق[2][3]. وقيل في تبرير نفس المعاملة التفضيلية في القانون المصري، أن المشتري عندما يبني أو يغرس في العقار المشفوع فيه، سواء كان ذلك قبل إعلان الرغبة في الشفعة أو بعد إعلانها، إنما يبني أو يغرس في عقار اشتراه، فعنده من الأسباب ما يبرر أن يتصرف في هذا العقار تصرف المالك[4].

---

(١) مع اختلاف طفيف.

(٢) فهناك، لا يكون مالك الأرض ملتزما ـ إذا لم يطلب إزالة المستحدثات أو طلب استبقاءها ـ سوى بأن يدفع للباني قيمة هذه المستحدثات مستحقة الإزالة أو مازاد بسببها في قيمة الأرض. فيما أن الشفيع هنا، سيكون ملتزما ـ عندما يستبقي الزيادة ـ بأن يدفع ما أنفقه المشتري، أو مازاد في قيمة المشفوع فيه بسببها. وما دفعه المشتري من النفقات في إقامة البناء سيكون بالتأكيد أكبر بكثير من قيمة المباني مستحقة الإزالة، أي قيمتها أنقاضا.

(٣) أنظر سابقا البنود من ٧٨ ـ ٨٧.

(٤) السنهوري ص/٧٦٥ بند/٢٤٣.

٢٠٠ - وهذا التبرير يجرنا إلى التساؤل عما إذا كان المشرع الكويتي قد أصاب عندما نقل عن القانون المصري حكم المادة/٩٠١ سالفة الذكر؟.

إن النص المقابل في القانون المصري مفهوم فيه، حيث هو يلائم حالة الأخذ بالشفعة بسبب الجوار. بل لعل هذه الحالة هي التي كانت في ذهن المشرع المصري عندما وضع هذا النص. إذ من المتصور جدا أن يبنى مشترى عقار، فيه، قبل أن يستّرده منه بالشفعة جار من باعه له. ويكون من المبرّر، والفرض أنه بنى في عقار اشتراه، أن يعامل هذه المعاملة التفضيلية، لأنه إذ ذاك كان يتصرف في هذا العقار تصرف المالك.

أما في القانون الكويتي فالفرض أن البائع باع حصة شائعة إذ لا شفعة فيه إلا للشركاء في الشيوع. وإذا تملك المشتري فهو يتملك أيضا على الشيوع، فلا يكون له - أصلا - أن يبنى على أرض المشتاعين جميعا ولا حتى على ما يوازي الحصة التي اشتراها من هذه الأرض بدون موافقتهم[1] وليس فقط لا يستأهل المعاملة التفضيلية التي عامله المشرع بها.

وهكذا نجد أنفسنا أمام لغز من الألغاز التي أحيانا ما يصادفها المدقق في دراسة التشريعات الكويتية[2]. إذ كيف ينظم المشرع المسألة التي طرحها بنص المادة/٩٠١ وكأن الأمر فيها يتعلق بحقوق والتزامات بين طرفين فقط هما المشتري والشفيع، حين أن الواقع أن الأمر يتعلق بشركاء آخرين في الشيوع تمّ البناء على مالهم الشائع جميعا دون موافقتهم، فتتعارض على هذا النحو الحماية التي قررها للمشتري بالمادة/٩٠١ وما تستتبعه من حقوق للشفيع على البناء، مع الحماية التي يقررها للشركاء المشتاعين، بالمادة/٨٢٤ المنظمة لأعمال الإدارة غير المعتادة التي تباشر على المال الشائع[3]. وكيف ستسوى العلاقة بين الشفيع وباقي المشتاعين (بعد إذْ تكون سويت بينه والمشتري) في شأن ذلك البناء الذي هيأت له الشفعة، مدعمة بنص المادة/٩٠١، فرصة تملكه، على

---

(١) حتى ولو كانت الحصة التي اشتراها تصل إلى ثلاثة أرباع المال الشائع، إذ تقضي المادة/٨٢٨ بأنه «في الحالات التي ينص فيها القانون على حق أغلبية الشركاء في الإدارة غير المعتادة أو التصرف، لا تتوفر الأغلبية في شريك واحد مهما بلغت حصته في المال».

وقارن - مع ذلك - ابراهيم الدسوقي ص/١٦٥ بند/١٥٢، حيث يفهم منه - ضمنا - أنه لن تكون هناك مشكلة في تطبيق نص المادة/٩٠١، وستكون أحكام إدارة المال الشائع قد روعيت، مادام أن الحصة المشتراه تمثل ثلاثة أرباع المال الشائع.

(٢) انظر محمد شكري سرور: تأملات في بعض متناقضات التشريعات الكويتية، البحث سابق الاشارة اليه.

(٣) أنظر لاحقا البنود من ٤٣٢ - ٤٣٥.

أرض شائعة لا يملك سوى حصة فيها، بالافتئات على حقوق باقي المشتاعين؟.
ولا يصح الظن بإمكان إخضاع هذه العلاقة لأحكام النصوص المتعلقة بإدارة المال الشائع، لأن هذه تواجه علاقة الشريك بشركائه في شأن عمل من أعمال الإدارة أتاه، حين أن الفرض هنا أن الشفيع ليس هو الذي أقام البناء[1]. لذلك، فقد لا نبالغ إذا قلنا، بأن هذا اللغز لن تحله إلا المصادفة وحدها، بأن يشفع في الحصة المبيعة كل المشتاعين لا أحدهم فقط، فيصيرون شركاء على الشيوع في الأرض وما أقيم عليها من بناء ويعوّضون المشتري عمّا بناه، وفقا للمادة/٩٠١، كل بنسبة نصيبه في هذا التعويض محسوبا بنسبة نصيبه في المال الشائع.

التزام الشفيع بدفع الثمن (وعدم أحقيته في الإفادة من الأجل):

٢٠١ ـ يكسب الشفيع ملكية الحصة المبيعة بالشفعة، بثمنها الحقيقي الذي بيعت به، على نحو ما قدمناه[2].

فإذا كان قد تم له الأخذ بالشفعة رضاءً، التزم بأن يدفع هذا الثمن للمشتري إن كان هذا سدّده للبائع، وإلاّ فللبائع. أما إن كان قد تم الأخذ بالشفعة قضاء، فإن ايداع الثمن الحقيقي الذي تمّ به البيع خزانة إدارة التنفيذ قبل رفع دعوى الشفعة يكون شرطا لازما لصحة رفعها أصلا. وبعد الحكم للشفيع، يسترد هذا المبلغ من خزانة إدارة التنفيذ، إما المشتري[3] أو البائع[4] على حسب الأحوال.

٢٠٢ ـ وفي كل الأحوال، فإنه لا يحق للشفيع «الانتفاع بالأجل الممنوح للمشتري في دفع الثمن إلا برضاء البائع» (م/٩٠٠-٢)، وهو حكم معقول، يوجهّه أن البائع

---

(١) وهكذا كان نص المادة/٩٠١ سببا في وقوع بعض شارحيه في التناقض، ولهم العذر، قارن مثلا في ابراهيم الدسوقي بين ص/١٦٥ بند/١٥٢، ص/٥١ بند/٤٦ فقد نوّه في ـ الأولى ـ إلى ضرورة أن يراعي، عند تطبيق أحكام المادة/٩٠١، القواعد الخاصة بإدارة المال الشائع «وإلا امتنع تطبيق» أحكام هذه المادة «وطبقت بدلا منها القواعد التي تنظم إقامة منشآت أو إدخال تحسينات على ملك الغير»، أي أحكام الالتصاق. مع أنه يقول ـ في الثانية ـ أن الأحكام العامة للالتصاق تستبعد إذا كان المشرع وضع أحكاما خاصة بالمنشآت التي تقام في أرض الغير، ومثّل لذلك بحالة إقامة المشتري منشآت في العين المشفوع فيها.

(٢) راجع سابقا البنود من ١٧٧ ـ ١٧٩.

(٣) إن كان سدد للبائع.

(٤) إن كان المشتري لم يسدده له بعد.

ربما ما كان قد قبل تأجيل سداد الثمن إلا لاعتبارات تخص المشتري، وما كان ليقبل التأجيل لغيره.

حق الشفيع في ثمار المبيع:

٢٠٣ ـ وبديهي أن يكون للشفيع الحق في ثمار الحصة المبيعة، من الوقت الذي تنتقل فيه ملكيتها إليه.

وقد سبق أن عرفنا أن الرأي الذي ساد في الفقه وفي القضاء، هو الذي يذهب الى أن حلول الشفيع محل المشتري ومن ثم انتقال الملكية إليه يكون من وقت التراضي على الشفعة أو الحكم النهائي بثبوتها[1][2]. ومقتضى ذلك أن يكون له الحق في ما ينتجه المبيع من ثمار ابتداء من هذا الوقت[3]. وهذا ما كانت تجري عليه محكمة النقض المصرية في ظل قانون الشفعة المصري القديم[4]. وكانت تبرره آنذاك، فضلا عن أسانيدها في تحديد وقت حلول الشفيع محل المشتري ومن ثم وقت انتقال الملكية إليه ـ بأن القانون لا يلزم الشفيع بإيداع الثمن عند طلب الشفعة. وقد جاء في أحد أحكامها صراحة أنه لا حقّ للشفيع في الثمار إلا من وقت صدور الحكم «ولا يغيّر من هذا النظر، أن يكون الشفيع قد عرض الثمن على المشتري عرضا حقيقيا، وأن يكون قد أودعه خزانة المحكمة إثْر رفضه، لأنه ما كان ليصبح مدينا بالثمن بمجرد طلب الشفعة، ولا كان ملزما قانونا بعرضه ولا بإيداعه. فإذا كان قد ألزم نفسه بما لم يلزمه به القانون فهو وشأنه، على أنه ليسَ له أن يتوسّل بفعله إلى حرمان المشتري من حقه»[5].

٢٠٤ ـ غير أن بعض الشراح من أنصار الرأي السائد في تحديد وقت انتقال الملكية للشفيع يرون أنه لا تعارض بين القول بأن الملكية تثبت للشفيع منذ صدور الحكم النهائي بثبوتها وبين جعل حقه في الثمار يرجع إلى وقت إيداع الثمن، طالما أن الشفيع أصبح يلتزم بهذا الإيداع قانونا، إذْ من غير المستساغ أن يحرم بهذا الشكل من استعمال

---

(١) انظر سابقا بند/١٩٧.

(٢) مع مراعاة قواعد التسجيل إن كان الأمر يتعلق بعقار.

(٣) أما عند انصار الرأي الذي لم يسد، فإن الحق في الثمار يكون للشفيع إما من يوم صدور البيع عند بعضهم، أو من يوم إعلان الرغبة في الشفعة عند البعض الآخر، أو من يوم رفع دعوى الشفعة عند البعض الثالث، على ما يرونه في تحديد وقت انتقال الملكية للشفيع. انظر سابقا بند/١٩٦.

(٤) أنـظر نقض ١٩٤٦/١٠/٣١ (خلف ٩٨٨ ـ ٣٨٤)، نقض ١٩٥١/٢/١٥ (٩٨٩ ـ ٣٨٥)، نقض ١٩٥٩/٤/٢ (خلف ٩٩٢ ـ ٣٨٧).

(٥) نقض ١٩٥١/٢/١٥ (مجموعة أحكام النقض السنة/٢ رقم/٦٧ ص/٣٥١).

الثمن، ليحرم في نفس الوقت من ثمار المبيع[1].

٢٠٥ ـ وكان من المتوقع أن تأخذ محكمة النقض المصرية بهذا الرأي الأخير في ظل القانون الجديد، فهو الحل الذي يمكن أن يستخلص بمفهوم المخالفة من التبرير الذي كانت تقدمه لقضائها الصادر في ظل قانون الشفعة القديم. ولكنها ـ على العكس ـ أصرت على الربط بين وقت انتقال الملكية ووقت تملك الثمار، رغم أن القانون الجديد يلزم الشفيع بإيداع الثمن، مقررة في هذا الشأن، أن إلزام الشفيع بالإيداع، لا يغيّر من قاعدة أن الملكية لا تنتقل إلا من وقت صدور الحكم النهائي المثبت للشفعة[2].

الرجوع بالضمـــان[3]:

٢٠٦ ـ لما كان مقتضى الأخذ بالشفعة، حلول الشفيع محل المشتري في علاقته بالبـائع، فإن هذا الأخير هو الـذي يلتـزم في مواجهـة الشفيع بضمان التعـرض والاستحقاق. وفي هذا المعنى تقضي المادة/ ٩٠٠ـ٣ بأنه «وإذا استحق المبيع للغير بعد أخذه بالشفعة، فليس للشفيع أن يرجع إلا على البائع[4].

٢٠٧ ـ إنما لا يكون من الدقة أن نعمم ـ كما فعل البعض[5] ـ ونقول أن ضمان البائع في مواجهة الشفيع يشمل ـ إلى جانب التعرض والاستحقاق ـ ضمان العيوب الخفية أيضا. فقياس التعرض والاستحقاق على العيوب الخفية يكون ـ في خصوص بيع حصة شائعة ـ قياسا مع الفارق. إذ من المتصور أن تكون ملكية البائع للحصة الشائعة محل نزاع (لا شأن بالفـرض لبـاقي الشركـاء، وبخـاصة الشفيع، فيه). فإذا باعها وأخذها الشفيع بالشفعة فقد ينتهي النزاع باستحقاقها للغير. عندئذ يكون مفهوما أن يرجع الشفيع بضمان استحقاقها للغير على البائع، أما أن يرجع الشفيع على البائع ـ شريكه السابق في الشيوع في ذات المال ـ بمقولة عيب في هذا الأخير خفي لم يستطع

---

(١) من هذا الرأي: اسماعيل غانم ص/٩٩، الصده ص/٤٨٤، ٤٨٥ بند/٢٩٣ منصور مصطفى منصور بند/١٥٤.

(٢) أنظر: نقض ١٤/١١/١٩٥٧ (خلف ٩٩٠ ـ ٣٨٦)، نقض ١٤/٥/١٩٥٩ (خلف ٩٩٤ ـ ٣٨٨)، نقض ٩/٤/١٩٦٤ (خلف ٩٩٥ ـ ٣٨٨).

(٣) لمزيد من التفاصيل راجع السنهوري الصفحات من ٧٤٥ ـ ٧٥٣ البنود/ ٢٣٦، ٢٣٧.

(٤) ويقابلها في القانون المصري مادة/٩٤٥ـ٣.

(٥) أنظر ابراهيم الدسوقي ص/١٥٩ بند/١٤٣.

أن يكتشفه عند الأخذ بالشفعة، فيصعب تصوره. وربما كان هذا هو مغزي عدم إلحاق المشرع لضمان العيوب الخفية بضمان الاستحقاق في نص المادة/٩٠٠-٣ سالفة الذكر[1].

(١) ولا يصح الرد على ذلك بأن المشرع لم يجد داعيا لهذا الإلحاق من حيث أن التزام البائع في مواجهة الشفيع بضمان العيوب الخفية هو حكم تمليه القواعد العامة، لا يصح ذلك لأن حكم المادة/٩٠٠-٣ في خصوص ضمان الاستحقاق هو أيضا محض تطبيق للقواعد العامة.

الفصــــل الرابــــع

الحيـــــازة
Possession

تمهيــــد:

في التعريف بالحيازة ومبررات حمايتها لذاتها:

٢٠٨ ـ الحيازة ـ كما عرّفها المشرع في المادة/٩٠٥ ـ هي «سيطرة شخص، بنفسه أو بواسطة غيره، على شيء مادي، ظاهرا عليه بمظهر المالك أو صاحب حق عيني آخر، بأن يباشر عليه الأعمال التي يباشرها عادة صاحب الحق»[1].

٢٠٩ ـ ويغلب، في الواقع، أن يكون الحائز هو نفسه صاحب الحق على الشيء الذي يحوزه. من هنا اعتبر المشرع الحيازة في ذاتها قرينة على الملكية أو الحق العيني الآخر إلى أن يقوم الدليل على ما يخالف ذلك[2]. فنصت المادة/٩٢٣ على أن: «من حاز شيئا ظاهرا عليه بمظهر المالك أو صاحب حق عيني آخر، اعتبر هو المالك أو صاحب الحق ما لم يثبت العكس». وعليه، يكفي الحائز أن يستند إلى هذا المظهر الواقعي[3]، ليكون على من يدّعي ملكية الشيء أو الحق العيني الذي في حوزه الحائز، أن يرفع هو دعوى الحق، فيقف فيها الحائز موقف المدعي عليه. وهو أمر لا تخفي أهميته بالنسبة للحائز، خاصة إذا كان يعوزه غير الحيازة دليل على حقه فيما يحوز. فهو ـ كمدعي عليه ـ لن يكون مطالبا بتقديم مثل هذا الدليل، وإنما يكفيه أن يستند إلى مجرد حيازته للشيء محل هذا الحق، فتغدو الحيازة على هذا النحو وسيلة سهلة ومختصرة لحماية الحق ذاته. والمدعي هو الذي يتحمل عبء المناضلة في إثبات ما يدعيه هو من حق على هذا الشيء، وقد لا يكون ذلك بالسهل أبدا.

---

(١) ولا مقابل لهذا النص في القانون المصري، حيث ترك المشرع تعريف الحيازة للفقه.

(٢) فالحيازة: مجرد قرينة قانونية على الملك يجوز نفيها «نقض ١٩٥٦/٢/٢ (خلف ١٤٤ ـ ٦٦).

(٣) وفي هذا المعنى جاء في حكم لمحكمة التمييز أن « الحيازة... قرينة شرعية وقانونية على أن الحائز هو المالك للعقار الذي يحوزه» في ١٩٨٥/٥/٨ طعن ١٩٨٤/١٧٣ (مجلة القضاء والقانون السنة ١٣(ع/٢) رقم/١٠٧).

٢١٠ - بل إن المشرع - حين تكون الحيازة واردة على عقار - وضع تحت يد الحائز من الدعاوي ما يمكنه من حماية حيازته لذاتها ولو لم تكن مستندة إلى حق[١]: كدعوى منع التعرض[٢،٣] ودعوى وقف الأعمال الجديدة[٤] ودعوى استرداد الحيازة[٥،٦].

٢١١ - وقد يبدو غريبا - لأول وهلة - أن يحمى المشرع الحيازة لذاتها ولو لم تستند إلى حق، بما يغدو وكأن المشرع يقر الغصب. لكن هذه الغرابة سرعان ما تزول إذا عرفنا أنه في الأعم الأغلب يكون الحائز هو صاحب الحق بالفعل، ومن ثم فإن حماية الحيازة تعتبر حماية للحق بطريق غير مباشر. «ولا يكفي للتقليل من شأن هذا الاعتبار أن يقال أن للحق دعوى تحميه، إذ من المعروف أن إثبات الملكية كثيرا ما ينطوي على صعوبات جمة»[٧].

كما لا يصح أن ننسى أن الحيازة الممتدة تخلق مظهراً يبدو فيه الحائز دائما أمام الناس وكأنه صاحب الحق على ما يجوز، الأمر الذي يقتضي حماية هذه الأوضاع الظاهرة التي استقرت، حفظا للأمن والنظام في المجتمع[٨]. وهي، على كل حال، يمكن أن يتكشف في النهاية أنها كانت مجرد حماية وقتية، ذلك أنه إذا ما نجح المالك الحقيقي في إثبات حقه، تعين عندئذ على الحائز أن يرد الشيء إلى صاحبه.

---

(١) ويرجع مبرر قصر الحماية - بهذه الدعاوي - على حيازة العقارات وعدم امتدادها لحيازة المنقول، إلى أن هذا الأخير وليس له كالعقار مستقر ثابت يتيسر معه تمييز الحيازة عن الملكية في شأنه. فيد *الحائز للمنقول تختلط* بيد المالك، ومن ثم اختلطت الحيازة في المنقول بالملكية، وحمت دعوى الملكية حيازة المنقول وملكيته معا، إذ أصبحت الحيازة في المنقول إذا اقترنت بحسن النية هي نفسها سند الملكية» السنهوري ص/٩٠٤، ٩٠٥ بند/٣١٤.

(٢) يوقف بها كل ادعاء، أو فعل يتضمن ادعاء، معارض لحيازته، المنظمة بالمادة/٩٢٧ مدني.

(٣) وقضي تطبيقا لذلك بأن «القانون يحمى وضع اليد (الحيازة) من كل تعرض له، يستوي في ذلك أن يكون التعرض اعتداء محضا من المتعرض، أو بناء على حكم مرسي مزاد لم يكن واضع اليد خصما فيه، إذ الأحكام لا حجية لها إلا على الخصوم، ولا يضار بها من لم يكن طرفا فيها، ولا فرق في هذا بين حكم مرسي المزاد وغيره من أحكام. نقض ١٩٤٦/١/١٧ (خلف ١٠٣٣ - ٤٠٤).

(٤) يوقف بها الأعمال التي لو تمت لشكلت تعرضا له في حيازته، المنظمة بالمادة/٩٢٨ مدني.

(٥) يسترد بها حيازته إن كان فقدها عنوة أو خلسة، المنظمة بالمواد من ٩٢٤ - ٩٢٦ مدني.

(٦) ودراسة هذه الدعاوي تدخل تقليديا ضمن اطار دراسة الطالب في مقرر قانون المرافقات.

(٧) الصده ص/٤٩٩ بند/٣١٠.

(٨) أو كما عبرت محكمة التمييز في الكويت: «قطعا لدابر الخلاف في شأن الحقوق التي استقرت أوضاعها بمضى فترة طويلة من الزمان»

أنظر: تمييز ١٩٨٤/٤/٢٥ طعن رقم/١٤٢/٨٣ (مجلة القضاء والقانون السنة ١٢ (ع/٢) رقم/١٦ ص/٧٧).

إلى هذا فإن من شأن اعتبار الحيازة التي استمرت مدة طويلة[1] دليلا على الحق يخول الحائز الحصول على حكم له به، أن يكفل استقرار التعامل، وذلك حتى لا يظل الغير الذي يتعامل مع الحائز معتقدا أنه مالك، مهددا باستحقاق الشيء للمالك الحقيقي[2].

٢١٢ ـ وعلى الرغم من أن الحيازة لا تعدو في ذاتها أن تكون مجرد حالة واقعية، إلا أن لها في الأنظمة القانونية المعاصرة آثارها البالغة الأهمية. ففضلا عما سبق من أن المشرع الكويتي يعتبرها قرينة على الملكية، فإنه يخول كذلك الحائز حسن النية لشيء لا يملكه، الحق في ثمار هذا الشيء متى كان قد قبضها وهو حسن النية[3]. أما أهم الآثار التي تترتب على الحيازة، فهي صلاحيتها ـ بذاتها ـ لأن تكون سببا لكسب الملكية في المنقولات، متى كان الحائز حسن النية ويستند في الحيازة إلى سبب صحيح[4]. كما أنها إذا استمرت لمدة خمس عشرة سنة (فيما يعرف اصطلاحا بالتقادم) اعتبرت دليلا قاطعا على حق الحائز فيما يحوزه لا يمكن نقضه، ويحكم له بهذا الحق بناء على ذلك ولو لم يبين سبب كسبه[5] ولعل أهمية الأثرين الأخيرين هي التي تقف وراء معالجة المشرع للحيازة، كنظرية عامة، في الفصل المخصص لأسباب كسب الملكية.

تقسيـــم:

ونحن، وفقا للترتيب الذي اتبعه المشرع، سوف نعالج الحيازة في أربعة مباحث: نجعل الأول لكسب الحيازة، والثاني لانتقال الحيازة، والثالث لزوال الحيازة، والرابع لما يترتب على الحيازة من آثار.

---

(١) خمس عشرة سنة كما سنرى.

(٢) لمزيد من التفاصيل في أساس حماية الحيازة في ذاتها: رينو ص/١٤ وما بعدها بند/١٤، شاباس الصفحات من ١٧١ - ١٧٣ البنود ١٤١٢ ـ ١٤١٤، أتياس (كريستيان) ص/١٨٥ بند/١٥٧، السنهوري ص/٧٩٠ بند/٢٥٥.

(٣) أنظر لاحقا بند/٢٧٤ ومابعده.

(٤) أنظر لاحقا بند/٢٨٧ وما بعده.

(٥) أنظر لاحقا بند/٣٠٦ وما بعده.

المبحث الأول

كسب الحيازة

تكسب الحيازة باجتماع أركانها (أو عناصرها) لدى الحائز. ويتعلق بهذه الأركان بعض المسائل التي تؤثر في ترتيب الحيازة لآثارها. ونعالج كلا من هذين الموضوعين في مطلب مستقل.

تقسيم:

نوزع الدراسة في هذا المبحث على مطلبين، على النحو التالي:

المطلب الأول

أركان الحيازة (أو عناصرها)[1]

الحيازة القانونية والحيازة العرضية، تقسيم:

٢١٣ - تقوم الحيازة على عنصرين (أو ركنين) أحدهما مادي والأخر معنوي. واجتماعهما يجعل من الحيازة حيازة قانونية، أو كما يفضل البعض تسميتها، حيازة حقيقية[2]. وهذا النوع من الحيازة هو الذي يرتب الآثار القانونية سابق الإشارة إليها في التمهيد لهذا الفصل[3]. وهو كذلك المعنى الذي يكون مقصودا من لفظ «حيازة» إذا ما أطلق من دون تحديد.

فإذا توافر العنصر المادي للحيازة دون عنصرها المعنوي، كنا بصدد مجرد حيازة عرضية.

---

(١) راجع - على الأخص - في هذا الموضوع:

RADULESCO: La notion et les éléments constitutifs de la possession en législation, These, Paris, 1923.

(٢) انظر الصده ص/٥٠٠، بند/٣١١.

(٣) راجع سابقا بند/٢١٢.

وتحليل عنصري الحيازة، وبصفة خاصة العنصر المادي، هو الذي يحدد نطاق الحيازة أو مجالها.

ونعرض فيما يلي لكل من هذين العنصرين مخصصين لكل منهما فرعا مستقلا.

الفـرع الأول

العنصـــر المــــادي
Corpus

المقصود بــه:

٢١٤ ـ يقصد بالعنصر المادي في الحيازة، سيطرة الحائز (أو وضع يده) على شيء، عن طريق القيام عليه بأعمال لا يقوم بها عادة إلا مالك هذا الشيء (أو صاحب الحق العيني الآخر عليه)، سواء أقام الحائز بهذه الأعمال بنفسه أو بواسطة الغير، وسواء أكان الحائز فردا، أم الدولة[1] أو أحد الأشخاص الاعتبارية العامة أو الخاصة، مادام أن هذه الأعمال من شأنها أن تظهر الحائز بمظهر المالك أو صاحب حق عيني آخر[2].

والوضع الطبيعي للأمور أن تكون الحيازة لشخص محدد أو لعدة أشخاص محددين. ويفهم من حكم لمحكمة النقض في مصر، أن الحيازة يمكن أن تكون لأشخاص غير محددين. كحيازة العامة لأرض مملوكة لأحد الأشخاص. فقد جاء في هذا الحكم أنه «من المقـرر. أن استـطراق الأرض المملوكـة للأفراد المدة اللازمة لكسب ملكيتها بالتقادم الطويل، يترتب عليه كسب الدولة لملكيتها بالتقادم»[3].

الأشياء التي يمكن أن ترد عليها الحيازة:

٢١٥ ـ لما كانت الحيازة هي السيطرة أو التسلط على شيء، سيطرة يظهر بها الحائز أمام الناس وكأنه مالك للشيء أو صاحب حق عيني عليه، فإن مؤدي ذلك أن تقتصر

---

(١) أنظر، من تطبيقات القضاء الكويتي: حكم تمييز ١٩٨٢/٧/٧ في الطعن رقم ١٩٨٢/٢٣ (المجلة ١١ (ع/١) ٨٣ ـ ٢٩٢).

(٢) ويعرفه رينو ص/١٨ بند/١٧ بأنه: «مجموع الأعمال المادية التي تظهر الحق العيني المحوز».

L'ensemble des actes materielle manifestant ... le droit «reel possedé».

(٣) نقض ١٩٨٥/١١/٧ (خلف ١١١١ ـ ٤٢٦).

الحيازة على الأشياء المادية وحدها[1] فهي التي يمكن التسلط عليها من ناحية، وهي التي يمكن أن تكون محلا للملكية أو لحق عيني من ناحية أخرى. وهذا هو الرأي السائد في الفقه.

٢١٦ ـ ويتفرع على أن الأشياء المادية هي وحدها التي تقبل التسلط عليها، أنه يخرج من مجال الحيازة، كل من المصنفات الفكرية[2] والمخترعات، بل ومجموعات الأموال، كالتركات أو المحلات التجارية، لأن أمثال هذه المجموعات وإن تكونت من عناصر مادية وعناصر معنوية معا، إلا أنها تشكل كلّا مستقلا عن العناصر التي يتكون منها، فتعتبر بالتالي من قبيل الأشياء المعنوية، ومن ثم لا تقبل الحيازة (وإن جازت حيازة مفردات هذه المجموعات، وهي الأشياء المادية التي تدخل في تكوينها كبضائع المحل التجاري مثلا).

٢١٧ ـ ويتفرع على أن الحيازة مظهر لحقّ عيني:

أ ـ أنها لا ترد على الحقوق الشخصية (أو الديون)، بالرغم من أن المشرع ـ في بعض القوانين المقارنة، يستعمل أحيانا لفظ الحيازة في هذا المجال وإن كان لا يقصد به معناه الفني الدقيق، من ذلك نص المادة/٣٣٣ مدني مصري الذي يصحح الوفاء بحسن نية لشخص «كان الدين في حيازته»[3].

غير أنه يستثنى من ذلك الدين أو الحق الثابت في سند لحامله، إذ أن هذا الحق يندمج في السند نفسه كشيء مادي فتكون حيازة هذا السند حيازة للحق نفسه، وتسري عليه أحكام الحيازة وبصفة خاصة قاعدة «الحيازة في المنقول سند الحائز».

ب ـ أنها لا ترد على الأشياء التي لا تقبل أن تترتب عليها ملكية خاصة. فالشيء الذي لا يجوز التعامل فيه، مثلا لا تجوز حيازته.

ج ـ أنها لا ترد على الأموال العامة، وهي «كل شيء تملكه الدولة أو أي شخص

---

(١) في هذا المعنى: حكم تمييز ١٩٨٥/٥/٨ في الطعن رقم ١٩٨٤/١٧٣ سابق الإشارة إليه.

(٢) أما الأشياء المادية التي تتجسم فيها هذه المصنفات، كنسخ الكتاب، فإنها ـ وهي تعتبر من قبيل المنقولات المادية ـ يجوز حيازتها. أنظر نقض ١٩٦٦/٥/١٢ خلف ١٠٣١ ـ ٤٠٢).

(٣) أما النص المقابل في القانون الكويتي، وهو نص المادة/ ٤٠٠ فهو أكثر دقة، إذ يصحح هذا الوفاء إذا تم بحسن نية «لشخص ظاهر بمظهر الدائن».

اعتباري عام ويكون مخصصا للنفع العام بالفعل أو بمقتضى القانون. .» (م/٢٣ مدني)، لأن وضع اليد على هذه الأموال يتعارض مع *تخصيصها للمنفعة العامة*[١]. بل إنه حتى إذا انتهى هذا التخصيص ـ ويكون ذلك إما بالفعل أو بمقتضى القانون (م/٢٣) ـ وأصبح المال مملوكا ملكية خاصة للدولة، ظلت حيازته ممتنعة[٢] إعمالا للمادة/٩٠٦ التي نصت بوجه عام على أنه «لا يعتد بحيازة الغير لأموال الدولة أو غيرها من الأشخاص المعنوية العامة»، وإعمالا أيضا لصريح المادة/١٩ من المرسوم بقانون رقم/١٠٥ لسنة ١٩٨٠ في شأن نظام أملاك الدولة، والتي تنص على أنه: «لا يجوز أن ينشأ أي حق لشخص طبيعي أو معنوي على أملاك الدولة بالمخالفة لأحكام هذا القانون. ولا يترتب أي أثر قانوني على وضع اليد على تلك الأملاك سواء بقصد تملكها أو غير ذلك. .»[٣][٤] ومن أمثلة أملاك الدولة الخاصة، القسائم الصناعية[٥]. «كما أفتت

---

(١) وفي هذا المعنى، جاء في حكم للتميز أن، في تخصيص هذه الأموال للمنفعة العامة «ما يعصمها من التصرف فيها أو حيازتها». أنظر حكمها في ١٩٨٤/٧/٤ طعن ٨٣/١٥٢/١٥١ (تجاري) (المجلة ١٢ (ع/٢) ـ ٥٥ ـ ٢٠٩). وقضى بأن الأرض المملكة للأفراد لا تتحول لتصبح طريقا عاما إلا بعد نقل ملكيتها للدولة أولا ثم تخصيصها بعد ذلك للمنفعة العامة *لتكون طريقا*» تمييز ١٩٨٦/٣/٥ طعن ٨٥/١٠٦ تجاري (المجلة ١٤ (ع/١) ـ ٢٧ ـ ١٢٥).

(٢) دون تفرقة بين أملاك دولة خاصة واقعة خارج خط التنظيم وأخرى واقعة داخله، وذلك بعد صدور القانون رقم/٥ لسنة ١٩٧٥ أنظر من تطبيقات القضاء في هذا المعنى: حكم تمييز ١٩٨٤/٧/٤ سابق الإشارة إليه.

(٣) *راجع في تفاصيل*: أملاك الدولة العامة وأملاك الدولة الخاصة ومناط وأهمية التفرقة بينهما، بحث بهذا *العنوان: لمحمد أنيس شتا، منشور بمجلة إدارة الفتوى والتشريع* السنة/٧ العدد/٧ ١٩٨٧ الصفحات من ٩ ـ ٣١.

(٤) ويجري على نفس الحكم أيضا نص المادة/٩٧٠ ـ ١ ـ مدني مصري. وقد قضى ـ تطبيقا لذلك بأن: «الأراضي المستولي عليها بمقتضى قانون الإصلاح الزراعي. . وهي تعتبر مملوكة للدولة من تاريخ إصدار قرار الاستيلاء النهائي عليها، فلا يجوز للافراد تملكها بالتقادم». نقض ١٩٨٨/٥/٤ (خلف ٣٣١ ـ ١٤٠). وقارن مع ذلك ١٩٦٦/٤/٢١ (خلف ١٠٤٤ ـ ٤٠٧) وقد جاء فيه أن:

«وضع اليد على الأموال العامة ـ مهما طالت مدته ـ لا يكسب الملكية، إلا إذا وقع بعد *انتهاء تخصيصها* للمنفعة العامة، بمعنى أنه لجواز تملك الأموال العامة بالتقادم يجب أن يثبت أولا انتهاء *تخصيصها للمنفعة* العامة، إذ من تاريخ هذا الانتهاء فقط تدخل في عداد الأملاك الخاصة فتأخذ حكمها، ثم يثبت وضع اليد عليها بعد ذلك المدة الطويلة المكسبة للملكية بشرائطها القانونية». وفي نفس المعنى *أيضا*: نقض ١٩٦٩/١/١٤ (خلف ١٠٦٤ ـ ٤١٢).

(٥) *أنظر* حكم *محكمة* الاستئناف العليا (الكويتية) (الدائرة الادارية التجارية) في الاستئناف رقم/١٩٨٣/٨٩٠ (اداري) بتاريخ ١٩٨٣/١١/٢٩ منشور بمجلة *إدارة الفتوى والتشريع السنة*/٤ العدد/٤ ١٩٨٤ ص/٢٥٠ وأنظر أيضا تمييز ١٩٨٣/٢/٢٣ طعن ٨٢/١٤٠ تجاري (المجلة ١١ (ع/٣) ـ ١٩ـ٧٦).

إدارة الفتوى والتشريع، بأن «المساكر» كحظائر أعدّت داخل مياه البحر لصيد الأسماك، تكون مقامة داخل أملاك الدولة[1].

٢١٨ ـ فإذا ما كان الشيء ماديا، وصالحا لأن يكون محلا لحق عيني فإنه يستوى بعد ذلك أن يكون عقارا أو منقولا، مفرزا أو حصة شائعة[2]. كما أن الحيازة تمتد ـ فضلا عن الحقوق العينية الأصلية ـ إلى الحقوق العينية التبعية التي تستلزم حيازه الشيء، كالرهن الحيازي. فإذا رهن ـ على سبيل المثال ـ غير مالك، منقولا، رهنا حيازيا، أمكن للدائن المرتهن حسن النية أن يحتج بهذا الرهن على المالك الحقيقي استنادا إلى قاعدة الحيازة في المنقول سند الحائز.

الأعمال التي يجب أن يباشرها الحائز:

٢١٩ ـ يجب أن يباشر الحائز على الشيء من الأعمال المادية ما يقتضيه الانتفاع به على النحو المألوف وفقا لطبيعته، بحيث تكفي هذه الأعمال لأن تظهره في نظر الناس بمظهر مالك هذا الشيء أو صاحب الحق العيني عليه[3]. أو بعبارة أخرى، أن يباشر من الأعمال المادية، ما يدخل في مضمون سلطات صاحب الحق العيني الذي يحوزه، وذلك وفقا لطبيعة هذا الحق[4]. على أن تكون هذه الأعمال ـ من ناحية أخرى

---

(١) أنظر: مجموعة المبادىء التي قررتها إدارة الفتوى والتشريع من أول أكتوبر ١٩٧٨ حتى آخر سبتمبر ١٩٧٩ المجموعة الخامسة فتوى رقم/٢ ـ ٤٥ ـ ٣٠ في ١٠/١٠/١٩٨٧ منشورة بمجلة الإدارة ص/١٥ رقم/٤.

(٢) وقد جاء في حكم للنقض أنه: «ليس في القانون ما يمنع الشريك في العقار الشائع من أن يكسب بالتقادم ملكية حصة أحد شركائه المشتاعين إذا استطاع أن يحوز هذه الحصة حيازة تقوم على معارضة حق المالك لها على نحو لا يترك محلا لشبهة الغموض والخفاء أو مظنة التسامح، واستمرت هذه الحيازة دون انقطاع خمس عشرة سنة». في ٢١/٣/١٩٦٨ (خلف ١٠٥٨ ـ ١١٤) وانظر أيضا نقض ١٩/٥/١٩٧٠ (خلف ١٠٨٠ ـ ٤١٦) وقد جاء فيه: «من المقرر.. أن الحصة الشائعة يصح أن تكون محلا لأن يحوزها حائز على وجه التخصيص والانفراد بنية امتلاكها. ولا يحول دون ذلك اجتماع يد الحائز بيد مالك العقار بما يؤدي إلى المخالطة بينهما، لأن هذه المخالطة ليست عيبا في ذاتها وإنما العيب فيما ينشأ عنها من غموض أو ابهام. فإذا استطاع الشريك في العقار الشائع أن يحوز حصة أحد شركائه المشتاعين حيازة تقوم على معارضة حق المالك لها على نحو لا يترك محلا لشبهة الغموض والخفاء أو مظنة التسامح، واستمرت هذه الحيازة دون انقطاع خمس عشرة سنة فإنه يكسب ملكيتها بالتقادم». وفي نفس المعنى: نقض ٩/٦/١٩٧٠ (خلف ١٠٨١ ـ ٤٢٧)، نقض ٧/٢/١٩٦٧ (خلف ١٠٤٧ ـ ٤٠٧) نقض ٣٠/١٢/١٩٨٧ (خلف ١١٨ ـ ٤٢٨).

(٣) (٤) في هذا المعنى: حكم تمييز ٨/٥/١٩٨٥ سابق الاشارة اليه، تمييز ٢٩/٥/١٩٨٥ طعن ٢١٨، ٢٢١/٨٤ تجاري (المجلة ١٣ (ع٢) ـ ٤٣ ـ ١٨٩) نقض ٨/٢/١٩٧٣ (خلف ١٠٣٢ ـ ٤٠٣): نقض ١٨/١٢/١٩٨٠ (خلف ١١٠١ ـ ٤٢٣).

ـ على درجة من الأهمية والكثرة بحيث لا يبقى معها شك في أن من يقوم بها إنما هو صاحب الحق على الشيء. وتقدير توافر هذه الأمور من عدمه هو من مسائل الواقع التي يستقل بتقديرها قاضي الموضوع، لا سلطان عليه فيه لمحكمة التمييز متى أقام قضاءه على أسباب سائغة تكفي لحمله[1][2].

ويتفرع على ذلك:

١ ـ أنه يجب أن تكون هذه الأعمال من قبيل الأعمال المادية، لأنها هي وحدها التي تظهر الحائز بمظهر المسيطر على الشيء، حين أن التصرفات القانونية (كالبيع مثلا) يمكن أن يقوم بها شخص غير واضع اليد، فلا تدل بذاتها على تسلط من يقوم بها على الشيء نفسه[3].

٢ ـ أن تتسق هذه الأعمال المادية مع طبيعة الشيء[4] الذي ترد عليه الحيازة، كحرث الأرض الزراعية أو تشجيرها على سبيل المثال، أو تسوير الأرض الفضاء أو البناء عليها. ومتى كان ذلك، فإنه لا يلزم دائما أن يباشر الحائز هذه الأعمال بصفة مستمرة إذا كان الانتفاع بالشيء بحسب طبيعته ـ إنما يقع على فترات متباعدة، كالشاليهات

---

(١) ويطّرد قضاء محكمة التمييز على أن «تحصيل وضع اليد على العقار، وتقدير القرائن والأدلة وأقوال الشهود والوقائع التي تؤدي أو لا تؤدي إلى توافره كقرينة على الملكية، هو مما تستقل به محكمة الموضوع بغير معقب عليها، متى أقامت قضاءها على أسباب سائغة من شأنها أن تؤدي إلى النتيجة التي انتهت اليها». أنظر حكمها في ١٩٨٥/٤/٣ طعن ٨٤/١٠٢ تجاري (المجلة ١٣ (ع٢ ـ ٣ ـ ٣٣)، ١٩٨٥/٥/٨ سابق الاشارة اليه، تمييز ١٩٨٤/٧/٤ طعن ١٥١، ٨٣/١٥٢ تجاري (المجلة ١٢ (ع٢ ـ ٥٥ ـ ٢٠٩) تمييز ١٩٨٤/٢/١ طعن ٨٣/٨٤ (المجلة ١٢ ع١ ـ ٢٥ ـ ١٠٢)، تمييز ١٩٨٤/١١/٧، طعن ٨٤/٤١ (المجلة ١٢ (ع٣ ـ ٦ ـ ٣٤)؛ تمييز ١٩٨٤/١١/٢١ طعن ٨٤/٥١ المجلة ١٢ (ع٣ ـ ١٨ ـ ٧٦)، تمييز ١٩٨٢/١١/١٥ طعن ٨٢/١٣ (المجلة ١١ (ع٢ ـ ١١ ـ ٢٥٨): تمييز ١٩٨٢/٣/٢٤ طعن ٨١/٢٢١ تجاري (المجلة ١١ (ع١ ـ ٢٨ ـ ٩٢)، تمييز ١٩٨٢/٤/٢١ طعن ٢١٣، ٨١/٢٣٥ (المجلة ١١ (ع١ ـ ٣٨ ـ ١٣٢).

(٢) ويشرط أن يعرض الحكم «لشروط وضع اليد، فيبيّن بما فيه الكفاية الوقائع التي تؤدي إلى توافرها بحيث يبين منه أنه تحراها وتحقق من وجودها» والا كان حكمه «مشوبا بالقصور والخطأ في تطبيق القانون». أنظر نقض ١٩٦٩/٦/١٠ (خلف ١٠٧٠ ـ ٤١٤).

(٣) في هذا المعنى رينو (في مارتي ورينو) ص/١٨ بند/١٧.

RODIERE: Ency. D. 2 éd V. : Posseson No. 15. Civ. 14/11/1910 D-1912-1-463; Civ. 13/12/1948, G-p 1949-1-107.

وفي الفقه العربي: الصده ص/٥١٣-٥١٤ بند/٣١٥، وفي القضاء: نقض ١٩٥٧/٣/١٤ مجموعة أحكام النقض السنة/٩ رقم/٢٨ ص/٢٢٥.

(٤) في هذا المعني: نقض ١٩٧٨/١١/١٦ (خلف ١٠٩٦ ـ ٤٢١).

المعـدة للاصـطياف[1]. إنما الأصل هو وجوب استعمال الشيء «على فترات متقاربة، وبقدر الحاجة إلى استعماله»[2] «دون فترات غير عادية تعتبر فواصل فيه»[3] وهي أمور تقدر وفقا لطبيعة الشيء المحوز والظروف التي تحيط به كطرق استعماله أو استغلاله. وقيل في تبرير ذلك أن الحيازة «التي لا تباشر بصفة منتظمة لا تقترب من الحق على نحو يجعلها جديرة بحماية القانون»[4].

٣ ـ أن تقع هذه الأعمال على النحو الذي يباشرها به مالك الشيء أو صاحب الحق العيني الذي ترد عليه الحيازة. ولما كان حق الملكية أو الانتفاع أو الاستعمال أو السكنى أو رهن الحيازة تقتضي جميعها أن يكون الشيء تحت يد صاحب أيٍّ من هذه الحقوق، فإن حيازتها تستلزم بدورها أن يكون الشيء تحت يد الحائز أو تحت يد من يحوز لحسابه. أما الحقوق العينية الأخرى التي لا يقتضي الانتفاع بها أن يسيطر صاحبها على الشيء الذي ترد عليه، فإن حيازتها لا تستلزم كذلك هذه السيطرة. فحق الارتفاق ـ على سبيل المثال ـ وهو لا يعدو أن يكون عبئا مقررا على عقار لمصلحة عقار آخر، لا يكون من شأنه أن يؤدي إلى وضع اليد على العقار المرتفق به، وإنما يقتصر صاحب الحق فيه على الاستفادة ماديا من العقار المرتفق به عن طريق بعض أعمال الاستعمال التي يقوم بها على هذا العقار.

يشترط أن تتضمن هذه الأعمال معنى التعدى (عدم قيام الحيازة على عمل من المباحات):

٢٢٠ ـ ويلزم فى الأعمال المادية التي يمكن أن تقوم بها حيازة، أن تكون مما يتضمن معنى التعدى على حق للغير. لذلك تقضي المادة/٩٠٧ بأنه: «لا تقوم الحيازة بعمل يأتيه الشخص على أنه من المباحات. . .».

---

(١) أنظر نقض ١٩٧٣/٢/٨ (خلف ١٠٣٢ ـ ٤٠٣) وفيه قضت بأنه «لا يجب على الحائز أن يستعمل الشيء في كل الأوقات، دون انقطاع، وانما يكفي أن يستعمله كما يستعمله المالك في العادة. . .».

(٢) نقض ١٩٨٧/١١/١٦ (خلف ١٠٩٦ ـ ٤٢١) نقض ١٩٧٣/٢/٨ السابق.

(٣) محمود جمال الدين زكي ص/٥٢٥ بند/٢٨٩، وفي نفس المعنى: الصده ص/٥١٤ بند/٣١٥ (حيث يستلزم أن يكـون هذا الاستعمال ومن الكثرة والأهمية بحيث يكفي لظهور الحائز بمظهر صاحب الحق موضوع الحيازة».

(٤) أنظر: محمود جمال الدين زكي بند/٢٨٩.

ويقصد بالعمل الذي يأتيه الشخص على أنه من المباحات[1]، العمل الذي يأتيه الشخص في حدود حق مقرر له[2]، كأن يبنى جدارا على حافة ملكه ويفتح فيه فتحة تطل على ملك جاره مما يبيحه القانون. فمهما طال الزمن على هذا الوضع لن يكون من شأن هذا العمل أن يجعل لهذا الشخص حق ارتفاق بالمطل على عقار جاره «لأن حيازة الارتفاق على ملك الجار لابد أن تتضمن تعديا على هذا الملك، والعمل المباح لا يتضمن أي تعد»[3].

إمكان مباشرة السيطرة، قوام العنصر المادي للحيازة، بواسطة الغير:

٢٢١ ـ ولما كان صاحب الحق قد يباشر الأعمال التي تدخل في مضمون حقه بواسطة شخص آخر يعمل باسمه ولحسابه، فإنه يصح كذلك أن تكون الحيازة بالوساطة. وقد حرص المشرع على أن يضمّن هذا المعنى تعريف الحيازة في المادة/٩٠٥ سالفة الذكر حين قضى بأنها «سيطرة شخص، بنفسه أو بواسطة غيره». وأعاد تأكيده بالمادة/٩٠٨ التي تقض بأنه: «تكون الحيازة بالوساطة متى كان الوسيط يباشر السيطرة على الشيء بإسم الحائز». في هذه الحالة، يكون الحائز هو من تباشر السيطرة باسمه، أما الوسيط فليس حائزا بالمعنى القانوني للحيازة، ويطلق عليه الحائز العرضي، فلا تكون له إلا الحيازة المادية، ومثاله، المستأجر.

وحسنا فعل المشرع أن لم يسلك مسلك المشرع المصري فلم يضمّن نص المادة/٩٠٨ ما قد يفهم منه أن الحيازة بالوساطة تقتصر على حالة الوسيط التابع (وهو غير صحيح) فيشترط ـ كما اشترط ـ أن يكون الوسيط متصلا بالحائز «اتصالا يلزمه الائتمار بأوامره فيما يتعلق بهذه الحيازة» (م/٩٥١ـ١ مدني مصري). وعلى أية حال، فإن الفقه والقضاء المصريين يسلمان ـ رغم هذا القيد الوارد بالنص ـ بأن الوسيط الذي يحوز لحساب الحائز يمكن ألا يكون ممن يصدق عليهم وصف التابع، كالمستأجر مثلا[4] أو الحارس القضائي[5].

٢٢٢ ـ والحيازة بالوساطة لا تفترض. فإذا وجدت السيطرة المادية عند شخص،

---

(١) Acte de pure faculté.

(٢) راجع: في هذا النوع من الأعمال: شاباس ص/١٨٩، ١٩٠ بند/١٤٤١، رينو ص/٢٦ بند/٢٨.

(٣) أنظر المذكرة الايضاحية للقانون المدني تعليقا على المادة/٩٠٧.

(٤) أنظر مثلا: نقض ١٩٤٣/٢/٢٥ (خلف ١٠٣٦ ـ ٤٠٥).

(٥) أنظر مثلا: نقض ١٩٧٨/٥/٤ (خلف ١٠٩٥ ـ ٤٢٠).

افترض أنه يباشرها لحساب نفسه لا لحساب غيره. وعلى من يدّعي أن هذه السيطرة تباشر لحسابه وبالنيابة عنه أن يثبت ما يدعيه. اللهم إلا إذا كانت هذه السيطرة قد انتقلت من حائز سابق، إذ يفترض في هذه الحالة «أنها لحساب من انتقلت منه» (م/٩١٣).

إثبات العنصر المادي:

٢٢٣ ـ ويقع على من يدعي حيازة شيء ـ قصد الإفادة مما يرتبه القانون على الحيازة من أثر ـ عبء إثبات قيامه بمباشرة الأعمال المادية قوامها. فالحيازة لا تفترض. وهو يستطيع أن ينهض بهذا العبء بجميع الطرق[1] بما فيها البينة والقرائن، بحسبان الأمر يتعلق بواقعة مادية[2] ولقاضي الموضوع، من بعد، سلطة التقدير في هذا الشأن[3]. وقضى ـ تبعا لذلك ـ بأنه يكفي للقول بأن الحائز كانت له سيطرة فعلية على قطعة الأرض الفضاء أن يكون أقام أعمدة خرسانية لتحديدها، فيما لا يكفي مجرد ترسيمها[4]. كما قضت محكمة التمييز بأنه «لا تثريب على محكمة الموضوع أن تتخذ مما يرد بالخرائط المساحية أو بوثائق المجاورين لأرض النزاع قرينة على الحيازة إلى جانب الأدلة التي أوردتها، لأن هذه المحررات وإن كان لا حجية لها في بيان الملكية إلا أنه من الجائز أن تكون قرينة على الواقع المادي»[5].

---

(١) (٢) أنظر تمييز ١٩٨٥/٥/٨ طعن ٨٤/١٧٣ (المجلة ١٣ (ع٢) ـ ٢٤ ـ ١٠٧)، تمييز ١٩٨٥/٥/٢٩ طعن ٢١٨، ٨٤/٢٢١ تجاري (المجلة ١٣ (ع٢) ـ ٤٣ ـ ١٨٩)، تمييز ١٩٨٤/٥/٩ طعن ٨٣/١١٤ تجاري (المجلة ١٢ (ع٢) ـ ٧ ـ ٤٥)، تمييز ١٩٨٣/٣/١٦ طعن ١١٦، ٨٢/١١٧ تجاري (المجلة ١١ (ع/٣) ـ ٣٢ ـ ١١٩) وتمييز ١٩٨٦/٣/١٢ طعن ١٦٢، ٨٥/١٦٧ تجاري (المجلة ١٤ (ع١) ـ ٣٧ ـ ١٦٠) وفي مصر: نقض ١٩٨٠/١/١٥ (خلف ١٤٨ـ٦٧)، نقض ١٩٨٠/١٢/١٨ (خلف ١٥٠ـ٦٨)، نقض ١٩٦٩/١٢/١٦ (خلف ١٠٧١ ـ ٤١٤).

(٣) أنظر الأحكام المشار اليها لاحقا، وأنظر أيضا تمييز ١٩٨٦/٣/٥ طعن ٨٥/١٠٦ تجاري (المجلة ١٤ (ع١، ـ ٢٧ ـ ١٢٥).

(٤) تمييز ١٩٨٢/٤/٢١ طعن ٨١/١٣١ تجاري (المجلة ١١ (ع١) ـ ٣٦ ـ ١٢٩).

(٥) تمييز ١٩٨٥/٥/٢٩ طعن ٢٢١/٢١٨ تجاري (المجلة ١٣ (ع٢) ـ ٤٣ ـ ١٨٩) تمييز ١٩٨٦/٣/١٢ سابق الإشارة إليه.

الفــرع الثانــي
العنصــــر المعنــــوي
Animus

المقصــود به:

٢٧٤ ـ يقصد بهذا العنصر أن يكون الحائز في مباشرته للأعمال التي تكوّن العنصر المادي في الحيازة، إنما يتصرف لحساب نفسه. أو هو بعبارة أخرى نية الحائز أن يظهر على الشيء الذي يحوزه باعتباره المالك له[١] أو صاحب الحق العيني عليه[٢]. ولا يهم بعد ذلك ما إذا كانت هذه النية مشروعة، أي مستندة إلى حق، أم غير مشروعة. ولا ما إذا كان الحائز يعلم بمشروعية قصده أو لا يعلم. ولا ما إذا كان يعرف على وجه التحديد مدى الحق الـذي يحوزه أو لا يعـرف[٣]. بل وتكفي في بعض الأحيان *النية العامة*، المستفادة مما يمكن أن نسميه بالقصد المسبق، فمن يعدّ ـ على سبيل المثال ـ شيئا ليتلقى كل ما يدخل فيه بعد ذلك من أشياء، يصبح حائزا لكل ما دخل فيه *تباعا*، وتستفاد نية تملكه لكل ما دخل فيه من هذا الاعداد المسبق[٤].

فإذا تخلف هذا العنصر، فقدت الحيازة القانونية ركنا من أركانها، فلم يعد ثمة محلّ بعد ذلك للبحث في العنصر المادي *(وضع اليد)* والمدة *التي استدامها*[٥].

واستخلاص نية التملك لدى الحائز، في وضع يده، أو نفيها، هو من مسائل *الواقع*

---

(١) أو كما يعبر أتياس (كريستان)

Une intention d'être traité comme proprietaire *p. 185, no. 157*

(٢) وهو ما ينتفي ـ بداهة ـ إن كان يقر بنفسه بأن ملكية المال الذي وضع اليد عليه باقية للمالك وأن من حق هذا الأخير أن يسترده في أي وقت. أنظر من تطبيقات القضاء في هذا المعنى: نقض ١٩٦٧/٤/٢٠ (خلف ١٠٥٠ ـ ٤٠٩).

(٣) ويمثل البعض لذلك بمن يحوز مكتبة بنية تملك كل ما فيها من مؤلفات، إذ تعتبر حيازته ممتدة لجميع هذه المؤلفات ولو كان يجهل نوعها ومقدارها. أنظر الصده ص/٥١٨ بند/٣١٨، محمد على عرفة ص/١٢٨ بند/٧٦.

(٤) ويمثل البعض لذلك بمن يعد صندوقا لتلقى الرسائل متى ترد إليه، إذ يصبح حائزا *لهذه الرسائل* من وقت أن توضع في صندوقه، وقبل علمه أنها قد وضعت فيه، أنظر الصده ص/٥١٨ بند/٣١٨.

(٥) أنظر نقض ١٩٦٧/٤/٢٠ سابق الإشارة إليه.

تقـدرهـا محكمة الموضوع بحسب ما يتوافر لديها من وقائع الدعوى وملابساتها[1] ولا سلطان عليها، في هذا التقدير، لمحكمة التمييز «متى اعتمدت على أسباب سائغة من شأنها أن تؤدي إلى النتيجة التي انتهت إليها»[2،3].

العنصر المعنوي هو الذي يحدد طبيعة حق الحائز:

٢٢٥ ـ هذه النية هي التي تحدد ـ في كثير من الأحيان ـ طبيعة الحق الذي يحوزه الحائز، لأن المظهر الذي تتخذه الأعمال المادية في الحيازة قد يكون مشتركا بين أكثر من حق عيني. فعلى سبيل المثال، حرث الأرض وزراعتها، هي أعمال مادية يمكن أن يقوم بها مالك الأرض أو من له حق انتفاع عليها. فإذا باشر الحائز مثل هذه الأعمال، فلا يمكن الاستناد إليها وحدها في تحديد طبيعة الحق الذي يحوزه، فلا يبقى عندئذ إلا أن نركن إلى نيته لمعرفة ما إذا كان يباشرها باعتباره مجرد منتفع بالعين أم بصفته مالكا لها.

العنصر المعنوي في الحيازة بالوساطة:

٢٢٦ ـ هذا ويظل توافر العنصر المعنوي ممكنا لدى الحائز حتى ولو كان يباشر الأعمال التي تكوّن العنصر المادي للحيازة بوساطة غيره. طالما أن لديه هو نية الظهور على الشيء ـ بوساطة غيره ـ بمظهر المالك أو صاحب الحق العيني. حين لا يمكن اعتبار الوسيط في هذه الحالة حائزا قانونيا لأنه يباشر أعمال الحيازة لحساب غيره.

العنصر المعنوي والحيازة العرضية[4]:

٢٢٧ ـ فإذا لم يتوافر هذا العنصر، لأن واضع اليد كان لا يحوز الشيء باعتباره مالكه أو صاحب الحق العيني الآخر عليه، فإن حيازته لا تعدو أن تكون مجرد حيازة

---

(١) (٢) أنظر تمييز ١٩٨٤/٧/٤ طعن ١٥١/١٥٢/٨٣ تجاري (المجلة ١٢(ع٢) ـ ٥٥ ـ ٢٠٩)، وأنظر أيضا نقض ١٩٦٨/٤/٩ (خلف ١٠٦٠ ـ ٤١١)، نقض ١٩٧٧/٢/٢١ (خلف ١٠٩٠ ـ ٤١٩).

(٣) راجع في ضرورة أن يعرض الحكم لشروط وضع اليد جميعا (ومنها ضرورة توافر العنصر المعنوي) «ويبين بما فيه الكفاية الوقائع التي تؤدي إلى توافرها بحيث يبين منه أنه تحراها وتحقق من وجودها» نقض ١٩٧٦/١١/٢٣ (خلف ١٠٨٧ ـ ٤١٨)، نقض ١٩٨٠/١٢/١١ (خلف ١٠٩٩ ـ ٤٢١).

(٤) لمزيد من التفاصيل في الأحكام الخاصة بالحيازة العرضية راجع:

SAINT-ALARY: La détention (notion et portée d'application en droit Français), Thèse Montpellier, 1941.

مارتي ورينو ص/٢٦-٢٨ البنود/٢٨-٣٠، أيناس ص/١٨٦ بند/١٥٧، السنهوري ص/٨٢٩-٨٣٤ بند/٢٧١.

عرضية (أو مادية). ويسمى الحائز عندئذ بالحائز العرضي، كالمستاجر، أو الوكيل بالنسبة للأموال التي تكون تحت يده بسبب عقد الوكالة[1].

وتتميز الحيازة العرضية بأن الحائز فيها يتلقى الشيء الذي يحوزه بناء على سند قانوني ذي طبيعة وقتية[2]. وتلقيه الحيازة بمقتضى هذا السند يعني أن الحيازة العرضية ـ على العكس من الحيازة القانونية[3] لا يمكن أبدا أن تكون مخالفة للقانون[4].

لكن هذا السند إن كان يخوله مباشرة بعض أعمال الحفظ أو الحراسة أو الاستعمال أو الاستغلال، إلا أنه يتضمن الاعتراف من جانبه بالحق العيني لغيره ووجوب رد هذا الحق لمالكه بعد انتهاء السبب الوقتي للحيازة العرضية[5]، ومن ثم فلا ينقل إليه سوى الحيازة المادية[6] possession précaire سواء تقرر هذا السند بالاتفاق (كالايجار) أو بموجب حكم قضائي (كالحراسة القضائية)، أو بمقتضى نص القانون (كالوصاية). ويظل الحائز العرضي في كل هذه الفروض ملتزما بموجب هذا السند برد الشيء.

ويأخذ حكم السند الذي يتضمن الاعتراف بالحق لغير الحائز، التصرف الناقل للملكية مادام صوريا وكان الحائز (المتصرف إليه) يقر صراحة في ورقة الضد بأن ملكية المال الذي وضع اليد عليه باقية للمتصرف ومن حقه أن يستردها في أي وقت شاء[7].

اقتران الحيازتين العرضية والقانونية:

٢٢٨ ـ وإذا كانت النية هي التي تحدد ما إذا كانت الحيازة قانونية أو عرضية،

---

(١) في هذا المعنى، ضمنا، نقض ١٩٦٣/٦/٦ سابق الإشارة إليه.

(٢) أنظر نقض ١٩٨١/٣/٢٤ (خلف ١١٠٤-٤٢٤)، نقض ١٩٨٧/١٢/٢٠ (خلف ١١١٧ ـ ٤٢٨)، نقض ١٩٨٨/٥/٢٥ (خلف ١١٣٠ ـ ٤٣٣).

(٣) فالسارق والغاصب، مثلا يحوزان الشيء حيازة قانونية، ماداما يسيطران عليه سيطرة مادية بنية التملك.

(٤) في هذا المعنى: رينو ص/٢٤٧ هامش/١، الصدة ص/٥٢٥ بند/٣٢٢، وفي القضاء الفرنسي
Civ., 2/12/1975, D. 1976-Somm-27; R.T. 1977-154 et obs. GIVERDON.

(٥) في هذا المعنى: رينو ص/٢٦ بند/٢٨، ونقض مصري ١٩٨٨/٥/٢٥ (خلف ١١٣٠-٤٣٣).

(٦) أنظر نقض ١٩٨١/٣/٢٤ (خلف ١١٠٤ ـ ٤٢٤).

(٧) في هذا المعني: نقض ١٩٦٧/٤/٢٠ (خلف ١٠٥٠ ـ ٤٠٩)، وقرب: تمييز ١٩٨٣/١/٧١ طعن ٨٢/١٦ (المجلة ١١ (ع٢)ـ ٢٧ ـ ٣١٥) وفيه قضت بأن «من يضمن نقل ملكية عقار لغيره لا يجوز أن يتمسك بها لنفسه في مواجهة هذا الغير».

ومن التطبيقات القضائية لانتفاء نية التملك، وبالتالي بقاء الحيازة عرضية، استمرار المشتري ـ الذي قضى بفسخ عقد شرائه ـ واضعا يده على الأعيان التي كان قد اشتراها مادام في ذلك «كان مستندا إلى حقه في حبس الأعيان المبيعة حتى يستوفى مقدم الثمن وقيمة الاصلاحات التي أجراها» نقض ١٩٧٧/٣/٣٠ (خلف ١٠٩١ ـ ٤١٩).

فليس هناك ما يحول دون اقتران الحيازتين كل بالأخرى في بعض الأحيان، بحيث يكون الحائز الواحد حائزا قانونيا لحق معين، وفي الوقت نفسه حائزا عرضيا لحق آخر. ومثال ذلك، من يضع يده على الشيء باعتباره صاحب حق انتفاع عليه، إنما يكون بحسب نيته هذه ـ حائزا قانونيا بالنسبة لحق الانتفاع، ومجرد حائز عرضي بالنسبة لحق ملكية الشيء.

التنازع على الحيازة وافتراض الحيازة القانونية من الحيازة المادية:

٢٢٩ ـ ولما كان الغالب أن يباشر واضع اليد الأعمال التي تكوّن العنصر المادي لحيازته لحساب نفسه، فقد جعل المشرع من الحيازة المادية قرينة على وجود الركن المعنوي، ومن ثم قرينة على الحيازة القانونية، بحيث يكفي الحائز أن يثبت توافر العنصر المادي في حيازته ليعتبر حائزا لحساب نفسه، حين يتعين على من ينكر عليه ذلك أن يقوم باثبات العكس[1]: إما بالتدليل على أن حيازة الحائز غير مقترنة بالعنصر المعنوي، لكونه مثلا مستأجرا أو مستعيرا أو لكونه هو قد تركه يباشر الأعمال المادية تسامحا منه، أو بالتدليل على أن الحيازة كانت لحسابه هو وذلك بمقتضى السند الذي تلقى به الحائز الشيء[2].

٢٣٠ ـ أما إذا كان الحائز قد سبق أن تسلم الشيء من حائز سابق، بحيث تكون حيازته مجرد استمرار لحيازة سابقه، كان من البديهي ألا تنطبق القرينة السابقة ويكون الحل الأكثر منطقية أن نضع قرينة عكسية فنفترض الحيازة القانونية لدى الحائز السابق، ليكون من خلفه في الحيازة مجرد حائز عرضي. فإذا ادعى هذا الأخير أنه الحائز القانوني، كان عليه هو أن يثبت توافر العنصر المعنوي في حيازته. وهذا ما فعله المشرع بالمادة/٩١٣ التي تقضي بأنه: «إذا تنازع أشخاص متعددون على الحيازة، افترض أن من يباشر السيطرة المادية هو الحائز إلى أن يثبت العكس. فإن كانت هذه السيطرة قد انتقلت من حائز سابق افترض أنها لحساب من انتقلت منه»[3].

---

(١) ويرى شاباس في ذلك محض تطبيق للقواعد العامة في الإثبات، انظر شاباس (في مازو) ص/١٧٩ بند/١٤٢٧.

(٢) إنما لا يعدو الأمر أن يكون مجرد قرينة. فوضع اليد، كما نبهت محكمة النقض. «لا ينهض بمجرده سببا للتملك ولا يصلح أساسا للتقادم إلا إذا كان مقرونا بنية التملك». نقض ١٩٦٩/٦/١٠ (خلف ١٠٦٩ ـ ٤١٤).

(٣) أنظر، من تطبيقات القضاء الفرنسي للنص المقابل (مادة/ ٢٢٣٠، ٢٢٣١).

Civ, 2/3/1954, Bull. 1. No. 309

انتفاء العنصر المعنوي في حالة التسامح (Acte de tolérance):

٢٣١ ـ ولما كان العنصر المعنوي في الحيازة يتضمن ادعاء الحائز بأنه مالك الشيء أو صاحب الحق العيني عليه، فإن هذا الادعاء ينتفي، وينتفي معه العنصر المعنوي، إذا ما ثبت أن مباشرة الحائز للأعمال المكونة للعنصر المادي للحيازة إنما تستند إلى ترخيص ضمني من جانب مالك الشيء، أو على حد تعبير المادة/٩٠٧، إذا كان العمل الذي يباشره الحائز «يتحمله الغير على سبيل التسامح». حين يبقى الحائز ـ في هذا الفرض ـ مهما تضمنت أعماله من معنى التعدى على ملك الغير[١] مجرد حائز عرضي[٢]. فلا ـ يعتبر ـ مثلا ـ حائزا قانونيا لارتفاق المطل، من يستند إلى مجرد فتحه على ملك الجار، على أقل من المسافة القانونية، إذا كان سكوت الجار يتضمن معنى التسامح لعدم تضرره من فتح هذا المطل (كأن تكون أرض الجار فضاء مثلا) ومن ثم فمهما مضى من زمن على هذا الوضع فلن يكون بالإمكان كسب ارتفاق بهذا المطل بمضى المدة. كما يتفرع على ذلك أيضا أن يكون من حق المتسامح أن يسحب ترخيصه الضمني في أي وقت، دون أن يكون للمستفيد منه الحق في الاعتراض.

٢٣٢ ـ ومسألة التسامح هذه مسألة واقع، تترك لتقدير قاضي الموضوع[٣]. وهو يستدل عليها من ظروف الدعوى[٤] كوجود علاقة قرابة مثلا بين الحائز ومن تباشر على ملكه الأعمال، أو وجود ما يرجحّ أن من تباشر الحيازة على ملكه لا يستشعر بأي ضرر جدي منها.. الخ[٥].

٢٣٣ ـ إنما إذا كانت حيازة الحائز على سبيل التسامح لا تنتج أثرها في مواجهة المالك الذي منحه الترخيص الضمني بمباشرة الأعمال على ملكه، إلا أنه في مواجهة الغير يكون مُباشر هذه الأعمال حائزا، وله الحق في حماية حيازته من الاعتداء عليها[٦].

---

(١) فالعمل الذي يتحمله الغير على سبيل التسامح يختلف عن العمل الذي يأتيه الشخص على أنه من المباحات، في أنه يتضمن تعديا على ملك الغير، ومع ذلك يتحمله الغير تسامحا منه لأنه لا يصيبه من ورائه ضرر يعتد به. أنظر في هذا المعنى: الصده ص/٥٢١ بند/٣٢٩.

(٢) في هذا المعني ضمنا، نقض ١٩٧٨/١١/١٦ (خلف ١٠٩٦ ـ ٤٢١).

(٣) (٤) (٥) أنظر في هذا المعني، ومن تطبيقات القضاء: نقض ١٩٤٥/١/١١ (مجموعة *أحكام النقض* السنة/٤ رقم ١٧٥ ص/٥٣١).

(٦) في هذا المعنى: رينو (في مارتي ورينو) ص/٢٧ بند/٢٨، وهو يجد سندا إضافيا لوجهة نظره هذه فيما تقضى به المادة/٢٢٨٣ (معدلة بقانون ٩ يوليه ١٩٧٥) من منح حماية الحيازة للحائز العرضي. وقارن / محمود جمال الدين زكي بند/٢٨٧ حيث يرى أن للحيازة العرضية «صفة الاطلاق».

حيازة عديم الأهلية أو ناقصها:

٢٣٤ - وإذا كان من السهل تصور أن يحوز الانسان بوساطة غيره عن طريق مباشرة الأعمال المادية بهذه الوساطة، فإنه قد يبدو غير منطقي أن يحوز الانسان بنية غيره[١]. ولذلك فالأصل هو وجوب توافر العنصر المعنوي لدى الحائز نفسه[٢]. وتطبيقا لهذا فإن قيام شخص بالأعمال المادية التي تقوم عليها الحيازة باسم شخص آخر وبدون علمه لا تجعل من هذا الشخص الآخر حائزا.

٢٣٥ - لكن لما كان قوام العنصر المعنوي هو ادعاء الحائز ملكية الشيء أو الحق العيني عليه، فقد أجيز استثناءً «لعديم الأهلية أو ناقصها أن يكسب الحيازة عن طريق من ينوب عنه قانونا» (م/٩٠٩). والحكم نفسه ينطبق على الشخص الاعتباري، إذ يجوز أن يجتمع العنصران المادي والمعنوي لدى من يمثله قانونا فيكسب الشخص الاعتباري الحيازة.

تحوّل الحيازة (أو تغير صفتها) من عرضيّة إلى قانونية: [٣]

٢٣٦ - إذا ما ثبت أن حيازة الحائز بدأت عرضية (ونقول إذا ثبت لأن الحيازة القانونية تفترض كما سبق أن ذكرنا من مجرد الحيازة المادية وإلى أن يثبت العكس)، فإنها بداهة تستمر كذلك. فلا تترتب عليها مهما مضى من زمن، الآثار التي يرتبها القانون على الحيازة القانونية، ويظل الأمر على هذا النحو، حتى يثبت الحائز أن حيازته قد تغيرت إلى حيازة قانونية. أو بتعبير آخر أنه أصبح يحوز لحساب نفسه. فإذا نجح في هذا الإثبات تكون صفته قد تغيرت من مجرد حائز عرضي يحوز باسم ولحساب الغير، إلى حائز قانوني. وتكون الحيازة قد تحولت من عرضية إلى قانونية[٤].

٢٣٧ - وبدهي أنه لا يكفي لهذا التحول مجرد تغير النية الداخلية للحائز، واتجاه

---

(١) في هذا المعنى: شاباس ص/١٨١ بند/١٤٣١.

(٢) فالعنصر المعنوي - على حد وصف رينو - هو من الأمور الشخصية Personnel في الحائز، أنظر رينو ص/١٩، بند/١٨.

(٣) ويقال لهذا التحول، أو التغيير، في الاصطلاح: تغيير الصفة أو السند Intervention de titre.

(٤) وهذا التحول لا يقتصر أثره على التقادم، وإنما يمتد إلى الحيازة في كل ما يتعلق بوجودها وكافة الآثار التي تترتب عليها. ولذلك كانت خطة المشرع الكويتي أصوب عندما عرض لحكم تحول الحيازة من عرضية إلى قانونية ضمن النصوص الخاصة بأركان الحيازة، على خلاف القانون المصري والقوانين التي تأثرت به حيث يوجد هذا الحكم مع النصوص الخاصة بالتقادم (م/٩٧٢ مصري).

قصده فيها بينه وبين نفسه إلى تملك الشيء بالمخالفة للسند الذي يخوله حيازته، دون علم من الحائز القانوني. وإنما يلزم أن يتخذ هذا التغير مظهرا خارجيا كافيا لإزالة الصفة السابقة، وهي كونه حائزا عرضيا، وإحلال الصفة الجديدة محلها، مظهرا يقطع في الدلالة على تحول نية الحائز[1] من حائز لحساب غيره إلى حائز لحساب نفسه. وفي هذا المعنى تقضي المادة/٩١٠ بأنه: «ليس لمن يحوز باسم غيره أن يغير بنفسه لنفسه صفة حيازته[2]».

هذا التغيير يمكن وفقا للمادة/٩١٠ سالفه الذكر ـ أن يتم بإحدى طريقتين: «إما بفعل الغير وإما بفعل من الحائز يعتبر معارضة لحق من كان يحوز باسمه...».

أ ـ تغير أو تحوّل صفة الحيازة بفعل الغير:

٢٣٨ ـ وتتغير صفة الحيازة بفعل الغير، إذا حصل الحائز العرضي على سند من شأنه أن ينقل إليه الملكية أو الحق العيني على الشيء الذي يحوزه لو أنه صدر من المالك[3]. سواء حصل عليه من نفس الشخص الذي سبق أن ارتبط معه بسند الحيازة العرضية أم من غيره. كأن يشتري المستأجر العين المؤجرة من المؤجر أو من شخص يتصرف فيها باعتباره مالكا لها.

٢٣٩ ـ ولما كان من غير الجائز أن يغير الشخص بنفسه لنفسه صفة حيازته ولا الأصل الذي تقوم عليه، فإن هذه الصورة من صور تغير الحيازة تفترض أن يكون الحائز حسن النية يعتقد أنه يتعامل مع المالك الحقيقي للشيء. وهذا هو الرأي الذي يتجه إليه غالبية الشراح[4] لأن مسلكه في الحالة العكسية إنما ينطوي على معنى محاولة تغيير

---

(١) في هذا المعنى: ضمنا نقض ١٩٦٣/٦/٦ سابق الإشارة إليه، وأنظر أيضا شاباس ص/١٨٠ بند/١٤٢٨.

(٢) أنظر من تطبيقات القضاء لهذا المبدأ نقض ١٩٦٧/٤/١٣ (خلف ١٠٤٩ ـ ٤٠٩).

(٣) أو كما تعبر محكمة النقض «أن يتلقى ذو اليد الوقتية ملك العين من شخص من الأغيار يعتقد هو أنه المالك لها والمستحق للتصرف فيها» نقض ١٩٧٦/١١/٢٣ (خلف ١٠٨٨ـ٤١٨).

(٤) أنظر مثلا: من الفقه والقضاء الفرنسيين: مارتي ورينو ص/٢٨ هامش/١

RODIERE: Encyc. D. Vo: Possession No. 80; Rouen 18/7/1949 D. 1952-9 et note LEBRUN

ومن الفقه والقضاء العربيين:

محمد علي عرفة بند/٨٩ الصده ص/٥٣٢ بند/٣٢٧، اسماعيل غانم ص/١٠٤ منصور مصطفى منصور بند/١٦٣، عبد الفتاح عبد الباقي بند/٢٩١، البدراوي ص/٤٤٢ بند/٣٣٥، وضمنا محمود جمال الدين زكي بند/٢٨٧، ونقض مصري ١٩٣٥/٢/٢٨ (مجموعة عمر ج/١ رقم ٢٣٢ ص/٦١٦)، نقض

صفة حيازته بفعله هو وخفية عن المالك الحقيقي. ولذلك فإذا كان الحائز سيء النية، وأراد تغيير صفة حيازته، فلن يكون أمامه إلا معارضة حق المالك ومجابهته بهذه المعارضة على نحو ما سنبينه عند دراستنا للطريقة الثانية من طرق تحول الحيازة[1].

٢٤٠ ـ ويكفي أن يتلقى الحائز هذا السند، على النحو السابق، دون أن يلزم بإعلانه لمن كان يرتبط معه بسند الحيازة العرضية من قبل. بل إن عدم الإعلان ـ في رأي البعض[2] هو الذي يبرهن على حسن نية الحائز، .مادام الفرض أن هذا الأخير يستند في تغير صفة حيازته إلى اعتقاده بأنه يتعامل مع المالك الحقيقي. غير أنه يلزم ـ بالمقابلة ـ أن يكون سلوك الحائز بعد ذلك متسقا مع وضعه الجديد. أو بعبارة أخرى، أن تكون الحيازة الجديدة مطابقة للسبب (أو السند) الجديد. فإذا كان قد استمر يتعامل مع من كان يرتبط معه بسند الحيازة العرضية بنفس المعاملة السابقة على تلقيّة السند الجديد، لا تتغير صفة حيازته، كما لو استمر المستأجر، بعد تعاقده على شراء الشيء ممن اعتقد أنه مالكه، في دفع الأجرة للمؤجر. بل حتى على افتراض القول بتحوّلها الى حيازة قانونية، فإنها ستكون حالئذ حيازة معيبة يشوبها الغموض. وترتيب الحيازة لآثارها القانونية رهن بكونها صحيحة خالية من العيوب كما سنبين في موضع لاحق[3].

ب ـ تغيّر (أو تحوّل) صفة الحيازة بفعل الحائز:

٢٤١ ـ وقد تتغير صفة الحيازة من عرضية إلى قانونية بفعل الحائز نفسه، وذلك إذا أتى من الأعمال ما «يعتبر معارضة لحق من كان يحوز باسمه».

ويصدق هذا الوصف على العمل الإيجابي الظاهر الذي يجابه به الحائز من كان يحوز باسمه متضمنا معنى إنكاره الساطع ومعارضته العلنية لحق هذا الأخير، والدال دلالة جازمة على اعتزامه الاستئثار بهذا الحق دونه[4].

= ١٩٣٦/٤/٢٣ (مجموعة عمر ج/١ رقم ٣٥٢ ص/١٩٠٨)، نقض ١٩٤٦/٤/٢٣ (مجموعة عمر ج/١ رقم ٣٥٢ ص/١٠٩٨).

وعكس ذلك: السنهوري بند/٢٧٢، ومن الفقه الفرنسي في نفس الاتجاه العكسي: ترولونج، بودري، وتيسييه مشار إليهم في البدراوي ص/٤٤١ هامش/٣.

(١) أنظر لاحقا بند/٢٤١.

(٢) أنظر البدراوي ص/٤٤٢ بند/٣٣٥.

(٣) أنظر لاحقا بند/٢٤٦ وما بعده.

(٤) وقد جاء في العديد من أحكام النقض أنه «لا يكفي في تغيير الحائز صفة وضع يده مجرد تغيير نيته، بل يجب أن يكون تغيير النية مقترنا بفعل إيجابي ظاهر يجابه به حق المالك بالإنكار الساطع والمعارضة العلنية، ويدل

فيجب من ناحية، أن يكـون هذا العمل في مجابهة من كان الحائز العرضي يحوز باسمه حتى يمكن لهذا الأخير أن يكذّب ادعاء الحائز. ومن ثم فلا يكفي ـ على سبيل المثال ـ أن ينتهز المستأجر غيبة المؤجر ليعلن على الجمهور أنه يعتبر نفسه مالكا للعين. كما يجب من ناحية أخـرى أن يكـون قاطعا في الدلالة على أن الحائز ينكر حق هذا الشخص، وهو ما يفترض أن يكون هناك نزاع قد أثير بشأن الملكية (أو الحق العيني الآخر) بين الحائز ومن كان يحوز باسمه، يدعي فيه الحائز الحق لنفسه وينكره على هذا الأخير. غير أنه لا يلزم أن يكون هذا النزاع قضائيا. فقد تأخذ معارضة الحائز لحق المالك صورة إعلان يوجهه إليه متضمنا ادعاءه بأنه مالك الشيء الذي يحوزه أو صاحب الحق العيني عليه. وقـد ينكر الحائز على المالك حقه في تحقيق إداري. بل قد تأخذ المعارضة صورة المجابهة الفعلية، كأن يشرع المؤجر عند انتهاء عقد الايجار في تسلم العين فيعترض المستأجر مدعيا ـ مثلا ـ بأنه اكتشف *أن ملكية العين كانت لأسلافه وأن المؤجر ـ بالتالي ـ كان غاصبا لها*. كما يتعين فضلا عن كل ذلك، أن يكون مسلك الحائز اللاحق قاطعا في الدلالة على تحول نيته إلى الحيازة لحساب نفسه. وهو ما لا يصدق على مجرد توقفه عن الوفاء بالتزاماته الناشئة عن السند الذي يحوز بموجبه، كتوقف المستأجر مثلا عن دفع الأجرة[1] أو عدم تسليمه العين عند انتهاء الايجار. فقد لا يتضمن هذا التـوقف وحـده، دون اقـترانه بالمعارضة الصريحة، معنى إنكار حق المالك وتغير نية الحـائز. «فما أكثر المستأجرين الذين لا يدفعون الأجرة إفلاسا أو إهمالا»[2] أو الذين تضطرهم الظروف إلى تأخير تسليم العين المؤجرة بعد انتهاء مدة عقد الايجار.

٢٤٢ ـ وعلى أية حال، فإن تقدير ما إذا كانت المعارضة كافية لتغيير صفة الحيازة أم لا هي مسألة واقع تدخل في إطار السلطة التقديرية لقاضي الموضوع[3].

٢٤٣ ـ فإذا ما توافرت الشروط السابقة، فإنه لا يلزم بعد ذلك أن يكون إنكار الحائز لحق المالك وادعاء الحق لنفسه، قائما على أساس أم لا، ولا ما إذا كان الحائز في

---

* دلالة جازمة على أن ذا اليد الوقتية مزمع إنكار الملكية على صاحبها واستئثاره بها دونه». نقض ١٩٦٩/٢/٤ (خلف ١٠٦٦ ـ ٤١٣)، نقض ١٩٧٦/١١/٢٣ (خلف ١٠٨٨ ـ ٤١٨)، نقض ١٩٧٧/١/٤ (١٠٨٩ ـ ٤١٩)، وفي القضاء الفرنسي في معنى وجوب أن يكون لدى الحائز القصد الحقيقي في أن يصبح هو المالك.

Civ, 15/2/1965, R. T. 1965 - 677 et obs. BREDIN.

(١) قارن الصده ص/٥٣٥ بند/٣٢٨.

(٢) شاباس (في مازو) ص/١٨٠-١٨١ بند/١٤٣٠.

(٣) انظر نقض ١٩٦٩/١٢/٢ (خلف ١٠٧٣ ـ ٤١٥).

ادعائه هذا سيء النية أم حسن النية. إنما يظل للحائز القانوني ـ كما سبق أن ذكرنا ـ أن يكذّب ادعاء الحائز العرضي.

٢٤٤ ـ ويبين مما تقدم في قُوام هذا الطريقة من طرق تحول الحيازة، أنها تختلف عن سابقتها، في أن الحائز لا يحصل على سند جديد. «وإنما يهدر سند حيازته العرضية، فتكون حيازته الجديدة بدون سند»[1].

٢٤٥ ـ ودون أيٍّ من هاتين الطريقتين لا تتغير صفة الحيازة العرضية وتتحول إلى قانونية. وتحديدا فإن «انتقال الحيازة بالميراث لا يمكن اعتباره مغيرا للسبب، لأن الحيازة (كما سنرى) تنتقل بصفاتها إلى الوارث الذي يخلف مورثه في التزامه بالرد بعد انتهاء السبب الوقتي لحيازته العرضية، ولا تكون للوارث حيازة مستقلة مهما طال الزمن ولو كان يجهل أصلها أو سببها، ما لم تصحب هذه الحيازة مجابهة صريحة ظاهرة في معارضة حق الأصيل في الملك»[2].

ويبقى، من بعد أنه إذا ما كانت إحدى هاتين الطريقتين، فإن الحيازة لا تبدأ «بصفتها الجديدة إلا من وقت الفعل الذي أحدث التغيير» (م/٩١٠).

---

(١) السنهوري ص/٨٣٩ بند/٢٧٢ وفي نفس المعنى: الصدة ص/٥٣٤ بند/٣٢٨.

(٢) نقض ٢٥/٥/١٩٨٨ (خلف ١١٣٠ ـ ٤٣٣).

المطلب الثاني

ما يتعلق بأركان (أو عناصر) الحيازة من مسائل

حصر وتقسيم:

حتى تترتب على الحيازة آثارها القانونية، لا يكفي وجودها بتحقق عنصريها سالفي البيان، وإنما يشترط أيضا خلوها من العيوب.

كما أن صفة الحيازة، من حيث حسن أو سوء نية الحائز، تؤثر من بعض النواحي فيما يترتب على الحيازة من آثار.

وعلى سند من القول بأن «الحيازة تقتضي بالضرورة شيئا من الاستمرار طال الزمن أم قصر»[1]، وانطلاقا أيضا من أن من بين الآثار التي يرتبها القانون على الحيازة ما يقتضي ترتبه أن تكون الحيازة قد استمرت مدة معينة وهو أمر قد يثور الشك حوله، فقد رأي المشرع أن يضع القرينة التي قررها على استمرار الحيازة،بين النصوص المتعلقة بالحيازة ذاتها لتعلقها بوجودها[2].

ونحن نقتصر في هذا المطلب، على معالجة المسألتين الأوليتين، مرجئين معالجة قرينة استمرار الحيازة المنظمة بالمادة/٩١٢ إلى الموضع الخاص بدراسة آثار الحيازة الممتدة في الزمن (التقادم)، فأهميتها ـ بعد أن استبعدنا من نطاق الدراسة في هذا المؤلف دعاوي حماية الحيازة ـ تكاد في واقع الأمر تنحصر في هذا النوع من الحيازة فقط[3].

وهكذا نوزع الدراسة في هذا المطلب على فرعين، على النحو التالي:

---

(١) (٢) أنظر المذكرة الايضاحية للقانون المدني تعليقا على المادة/٩١٢.

(٣) أنظر لاحقا بند/٣٠٦ وما بعده.

الفـــرع الأول

شرط خلو الحيازة من العيوب

(صفات الحيازة القانونية)

مجمل ما يجب أن يتوافر في الحيازة من صفات هو خلوها من العيوب:

٢٤٦ ـ لما كانت الحيازة تعتبر مظهرا للحق، وجب أن تنشأ وتستمر على صفات تقطع في نظر الناس بأن الحائز هو مالك الشيء أو صاحب الحق العيني عليه. ولما كان صاحب الحق لا ينتزع حقه بالإكراه، ويباشره علانية بلا تستر أو تخفٍّ، كما يبدو قصده واضحا في استعماله الحق لحساب نفسه، وجب كذلك أن تكون الحيازة هادئة Paisible وظاهره Publique وواضحة Non équivoque أو بتعبير آخر وجب أن تخلو الحيازة من العيوب التي تدحض احتمال صدقها ودلالتها على أحقية الحائز.

والعيوب التي تشوب الحيازة وتجعلها بالتالي غير صالحة لترتيب كل آثارها القانونية ثلاثة هي: الإكراه والخفاء واللبس أو الغموض. غير أن هذه العيوب عيوب مؤقتة، يمكن أن تزول، فتصبح الحيازة بعد ذلك صالحة لترتيب آثارها. كما أنها عيوب نسبية لا تحول بين الحيازة وانتاج آثارها إلا في مواجهة من انتزعت منه بالإكراه أو أخفيت عنه أو التبس عليه أمرها. لذلك فإن هذه العيوب لا تؤدي إلى هدم الحيازة إذ تظل هذه الأخيرة موجودة مع توافر أي منها، وإن كانت معيبة. وفارق بين انعدام الحيازة وتعيّبها.

وقد عرضت للعيوب التي تشوب الحيازة المادة/ ٩١١ فقضت بأنه: «إذا اقترنت الحيازة بإكراه، أو حصلت خفية، أو كان فيها لبس، فلا يكون لها أثر قبل من وقع عليه الإكراه أو أخفيت عنه الحيازة أو التبس أمرها عليه، إلا من الوقت الذي تزول فيه هذه العيوب». ونعالج فيما يلي هذه العيوب الثلاثة.

---

(١) أنظر من تأكيدات القضاء على هذا الشرط: تمييز ١٩٨٥/٥/٨ طعن ٨٤/١٧٣ (المجلة ١٣ (ع٢)-١٠٧ ـ ٢٤)، تمييز ١٩٨٥/٥/٢٩ سابق الاشارة اليه، ونقض مصري ١٩٤٣/٢/٢٥ (خلف ١٠٣٥ ـ ٤٠٤): نقض ١٩٦٨/٤/٩ (خلف ١٠٦١ ـ ٤١٢)، نقض ١٩٦٩/٦/١٠ (خلف ١٠٦٩ ـ ٤١٤)، نقض ١٩٨٠/١٢/١١ (خلف ١٠٩٩ ـ ٤٢١).

٢٤٧ ـ أما ما يقال له ـ عند البعض ـ عيب التقطّع أو عدم استمرار discon-tinuité الحيازة، في معنى انقطاع الحائز عن مباشرة الأعمال المادية على الشيء الذي يحوزه بشكل غير عادي وغير متناسب مع طبيعته[١]، فهو ـ في رأينا ـ أكثر من أن يكون مجرد عيب في الحيازة، إنه يصل إلى حد إعدامها بإهدار ركنها المادي[٢]. فقد سبق أن بيّنا، عند دراسة هذا الركن (أو العنصر) أنه يجب أن تكون مباشرة الأعمال المكونة له على نحو من الكثرة والأهمية بما يتناسب وطبيعة الشيء[٣]. ولعل هذا هو الذي جعل أنصار هذا الرأي يميزون بين عدم الإستمرار وعيوب الحيازة الأخرى ليجعلوا منه عيبا مطلقا يحول بين الحيازة وإنتاج آثارها في مواجهة الكافة.

أ ـ الإكـــراه Violence:

٢٤٨ ـ تكون الحيازة معيبة بالإكراه إذا حصل عليها الحائز بالقوة أو التهديد[٤]. أما إذا بدأت هادئة فلا يعيبها أن يضطر الحائز ـ في سبيل الحفاظ عليها ـ إلى استعمال القوة ضد من يرغب انتزاعها منه، لأن صاحب الحق قد يسلك نفس السبيل في نفس الظروف[٥]. غير أنه يستوي بعد ذلك أن يكون الإكراه ماديا أو معنويا.

---

(١) أنظر: السنهوري ص/٨٤٢، بند/٢٧٥، محمود جمال الدين زكي بند/٢٨٩، محمد علي عمران: الحقوق العينية الأصلية ١٩٩٠ ص/١٧٠.

(٢) من هذا الرأي أيضا: منصور مصطفى منصور ص/٢٩٥ بند/١٦٦، الصده بند/٣٣٥ ص/٥٤٦ وما بعدها، البدراوي ص/٤٦٨ وما بعدها بند/٣٥٠ مصطفى الجمال نظام الملكية ١٩٨٥ بند/٢٧٠.

(٣) راجع سابقا بند/٢١٩.

(٤) أنظر من تطبيقات القضاء في هذا المعنى تمييز ٢١/١١/١٩٨٤ طعن ٥١/٨٤ تجاري (المجلة ١٢ (ع٣)-١٨ ـ ٧٦)، نقض مصري ٢٥/٢/١٩٤٣ (خلف ١٠٥٣ ـ ٤٠٤).

(٥) أنـظر من تطبيقـات القضـاء في هذا المعنى، نقض ٧/٦/١٩٨١ (خلف ١١٠٦ ـ ٤٢٤) نقض ٢٥/٦/١٩٥٩ (مجموعة أحكام النقض السنة/١٠ رقم/٥٨٠ ص/٥٢٨).

ومن الفقه الفرنسي: رينو ص/٢١ بند/٢٢، شاباس ص/١٨٧ بند/١٤٣٧، ومع ذلك فقد اتجه القضاء الفرنسي، مؤيدا من جانب من الفقه، إلى أنه إذا كانت الحيازة مهددة بعكر صفاءها أن يكون صاحبها مضطرا في أي وقت للدفاع عنها بالقوة، فإنها تكون حيازة غير هادئة يشوبها عيب الإكراه ولا تصلح لأن تنتج آثارها القانونية. بما يعني أنه لا فارق في الإكراه الذي يعيب الحيازة بين الوقت الذي وقع فيه. أشار لهذا الاتجاه (وهو لا يؤيده) شاباس ص/١٨٧ بند/١٤٣٥، وأنظر في الأحكام القضائية القديمة التي أخذت به، مشار إليها في السنهوري ص/٨٥٣ هامش/٣ وقرب من هذا الاتجاه حكم تمييز ٢١/١١/١٩٨٤ سابق الإشارة اليه إذ تقول المحكمة أن المقصود بالهدوء الذي هو شرط للحيازة.. ألا تقترن الحيازة بالإكراه من جانب الحائز وقت بدئها وأن تستمر له دون أن يعكرها تعد يؤدي إلى انتزاعها منه» ويبدو أن محكمة النقض الفرنسية قد عدلت مؤخرا عن هذا الاتجاه، أنظر:

Civ. 15/2/1968, D. 1968-453; R.T. 1968 - 740 et obs. BREDIN.

وعلى هذا التحديد يكون الإكراه عيبا مما يشوب العنصر المادي في الحيازة، لأن المفروض في الحائز أن يظهر بمظهر صاحب الحق، وهذا لا يكون في حاجة إلى الإكراه كي يباشر الأعمال المادية اللازمة لمزاولة حقه على الشيء»[1].

وإذا بدأت الحيازة مقترنة بالإكراه، فإنها تظل على عيبها ما بقي الحائز محتفظا بها «دون أن تنقطع القوة أو التهديد الذي حصل عليها به»[2].

لكن الإكراه عيب مؤقت قد ينتهي فتعود الحيازة هادئة. وهي تصبح كذلك إذا أصبح الحائز في غير حاجة إلى القوة أو التهديد للاحتفاظ بحيازته[3] وإثبات ذلك على الحائز لأن القاعدة أن الحيازة تبقى محتفظة بالصفة التي بدأت بها إلى أن يثبت العكس (م/٩١٦). ومنذ الوقت الذي تعود فيه الحيازة هادئة تصبح صالحة لترتيب آثارها القانونية.

كما أن الإكراه عيب نسبي، لا يحول بين الحيازة وترتيب آثارها إلا في مواجهة من وقع عليه دون من عداه، ولو كان هذا الأخير هو المالك[4].

ب ـ الخفاء (أو عدم الظهور) Clandestinité

٢٤٩ ـ وتكون الحيازة معيبة بالخفاء، إذا باشر الحائز الأعمال المكوّنة لعنصرها المادي بصورة غير علنية أو على نحو غير ظاهر للغير[5][6]، بعكس العلنية والظهور التي يمارس بها صاحب الحق حقه، فيحول هذا الخفاء بين المالك وأي رد فعل تجاه الحائز[7]. وهو عيب يتصور حدوثه أكثر في المنقولات حيث يسهل إخفاؤها، أما العقارات فمن النادر أن تقع حيازتها خفية. ومن الأمثلة التي تساق عادة في هذا الصدد، أن يعتاد جار

---

(١) الصده ص/٥٤١ بند/٣٣١.

(٢) السنهوري ص/٨٥٢ بند/٢٨٢.

(٣) بل يرى بعض الشراح الفرنسيين أنه لا يحول دون حيازة قانونية صالحة لترتيب آثارها مباشرة الحائز للعنف، مادام ذلك كان يتم على فترات متباعدة جدا في الزمن Très espaces، انظر رينو ص/٢١ بند/٢١.

(٤) «فإذا كان الشخص الذي انتزعت منه الحيازة ليس هو المالك، لم يجز للمالك أن يحتج على منتزع الحيازة بعيب الإكراه، لأن المالك ليس هو الذي وقع عليه الإكراه» السنهوري ص/٨٥٥ بند/٢٨٣.

(٥) أنظر رينو ص/٢٠ بند/٢١، اتياس (كرسيتان) الذي يقول: «A l'égard de tous». ويحدد البعض فيقول غير ظاهر لـ «ذي المصلحة في العلم» بالحيازة، أنظر محمود جمال الدين زكي بند/٢٩٠ نقلا عن ريبير وبولانجيه.

(٦) أنظر من تطبيقات القضاء الفرنسي: Civ. 9/2/1955, Bull. Civ., To 1, No. 61

(٧) وفي هذا المعنى يقول اتياس: «إن انعدام رد الفعل المحتمل، من جانب المالك، تجاه هذا التهديد المعروف أو على الأقل غير المخفي، هو الذي يعطي للحيازة فعاليتها: ص/١٨٧ بند/١٥٧.

عند حرث أرضه أن يجور في كل مرة على جزء يسير من أرض جاره يصعب ملاحظته ليضمه إلى أرضه بطريقة تدريجية.

وعادة ما يكون الخفاء قصدا من الحائز الذي يقدِّر ضرورة إخفاء حيازته عن الغير. لكنه يعيب حيازته، في كل الأحوال، ولو لم يتعمده[1][2].

إنما لا يشترط للقول بأن الحيازة كانت ظاهرة أو غير خفية على المالك أن يكون هذا على علم يقيني بها وإنما يكفي أن تكون من الظهور بحيث يستطيع العلم بها[3].

والخفاء ـ بدوره ـ عيب مؤقت، يزول بعودة الحيازة ظاهرة، فتصبح حالئذ صالحة لترتيب آثارها. كما أنه عيب نسبي[4]، فلا يصح من ثم أن يتمسك به إلا من خفي عليه العنصر المادي للحيازة دون من عداه. وهو عيب يلحق الحيازة في ذاتها فيجعلها غير ظاهرة في نظر الجمهور، ولذلك فإنه لا يجوز لمن يحتج عليه بحيازة ظاهرة في ذاتها أن يتمسك بعدم علمه بهذه الحيازة التي كان خفاؤها عليه بالذات إنما يرجع إلى ظروف خاصة به.

جـ ـ اللبس (أو الغموض)[5] Equivoque:

٢٥٠ ـ يختلف غموض الحيازة عن خفائها[6] وذلك على عكس ما قد يبدو للوهلة الأولى. فالحيازة الخفية هي ـ كما أسلفنا القول فيها ـ تلك التي لا يظهر ركنها المادي. أما الحيازة الغامضة أو الملتبسة فهي تلك التي تثير الشك حول حقيقة قصد من يباشر

---

(١) على خلاف ما كان يأخذ به القانون الروماني، أشار لذلك: شاباس ص/١٨٧ بند/١٤٣٦، رينو ص/٢٠ هامش/٤.

(٢) في هذا المعنى: الصده ص/٥٤١ بند/٣٣٢ محمود جمال الدين زكي بند/٢٩٠، رينو ص/٣٠ بند/٢١.

(٣) نقض ١٩٧٣/٢/٨ (خلف ١٠٣٢ ـ ٤٠٣) وأنظر أيضا نقض ١٩٧٨/١١/١٦ (خلف ١٠٩٦ ـ ٤٢١)، نقض ١٩٨٠/١٢/١٨ (خلف ١١٠١ ـ ٤٢٣).

(٤) أنظر عكس ذلك، وأنه عيب مطلق، لوران، كوليه دي سانتير، أشار اليهما السنهوري ص/٨٥١ هامش/١.

(٥) راجع في معنى أن اللبس أو الغموض ليس عيبا مستقلا في الحيازة وإنما هو فقط يدلل على أن العناصر المنشئة للحيازة ليست متوافرة، إتجاه منسوب لـ: بودري لاكانتيزي وتيسييه وكذلك لـ أوبرى ورو أشار إليهم رينو ص/٣٣ بند/٢٤ وهامش/٦ وهو يؤكد أن هذا ليس هو الاتجاه الراجح في الفقه والقضاء الفرنسيين.

(٦) راجع ـ في التفرقة بين اللبس وسوء النية (أو بين الحيازة الملتبسة والحيازة بسوء نية).

Civ. 13/6/1963, Bull No. 317; Civ. 3/10/1969, Bull. To 3 No. 611.

وانظر أيضا: رينو ص/٢٣ بند/٢٤ الذي يقول ـ تبعا لذلك ـ أن اللبس ـ على العكس من سوء النية ـ أمر لا يقدر في نية الحائز وإنما يفترض شكا في ذهن الأغيار.

أعمالها المادية، هل يباشرها لحساب نفسه أم لحساب غيره، لأن أعمال السيطرة المادية التي يقوم بها، في ضوء الظروف الخاصة التي تحيط بها، تحتمل المعنيين[1].

فالغموض إذن عيب يشوب العنصر المعنوي في الحيازة. وهو يصل، في نظر البعض، إلى حد إعدامها كلية، لما يؤدي إليه الغموض من إهدار لركنها المعنوي[2]، وهو رأي تعيبه المبالغة، خاصة إذا لاحظنا أن المشرع يفترض توافر العنصر المعنوي من مجرد توافر العنصر المادي إلى أن يثبت العكس (م/٩١٣). ومتى كان ذلك فإنه لا يكفي مجرد الاستناد إلى غموض الحيازة للقول بأنها تكون منعدمة تلقائيا، وإلا لكان معنى ذلك أن الحيازة الغامضة أو الملتبسة لا ترتب أي أثر في مواجهة الكافة، حين أن الصحيح هو أن الحيازة الغامضة أو الملتبسة هي حيازة موجودة لكنها معيبة وعيبها هذا يشل أثرها، لا في مواجهة الكافة، وإنما في مواجهة من التبس عليه أمرها فحسب دون من عداه[3].

ومن أمثلة الحيازة الغامضة أن يستمر الشيء تحت يد الخادم بعد وفاة سيِّده، فلا يعرف ما إذا كان يحوزه لحساب ورثة المتوفى أم أن نيته قد تغيرت وأصبح يحوزه لحساب نفسه. أما المثال الأكثر شيوعا، فهو أن يستمر أحد الورثة ـ بعد وفاة مورثه ـ في وضع يده على التركة كلها، حيث لا يعرف ما إذا كان يحوز أنصبة باقي الورثة نائبا عنهم في إدارة المال الشائع أم أنه أصبح يحوزه لحسابه[4].

والغموض، كالإكراه والخفاء، عيب نسبي، فلا يصح أن يتمسك به إلا من التبس عليه أمر الحيازة أو قصد الحائز[5]. ونص المادة/٩١١ صريح في هذا المعنى. كما أنه عيب مؤقت يزول من الوقت الذي يقوم فيه الحائز بأعمال تظهر، في وضوح ودون شك،

---

(١) في هذا المعنى: رينو بند/٢٤ ص/٢٣.

(٢) من هذا الرأي عرفه بند/٧٦.

(٣) قرب من هذا المعنى: البدراوي ص/٤٧٧ بند/٣٥٣.

(٤) أنظر، من تطبيقات القضاء: نقض ١٩/١٢/١٩٨١ (خلف ١١٠٣ ـ ٤٢٣).

(٥) في هذا المعنى السنهوري بند/٢٨٦ ص/٨٥٩، الصدة بند/٣٣٤ ص/٥٤٦ البدراوي بند/٣٥٣، ٤٧٥،
وعكس ذلك: وأنه عيب مطلق، تأسيسا على أن القول بنسبيته لا يتفق وطبيعة هذا العيب «الذي يلحق العنصر المعنوي في الحيازة مثيرا الشك حول وجوده» محمود جمال الدين زكي بند/٢٩٣ ص/٥٣١ ومع ذلك قارن تأكيده هو نفسه في موضع آخر (ص/٥٢٦ بند/٢٨٩) بأن جميع عيوب الحيازة (فيما عدا عيب عدم الاستمرار أو التقطع) هي عيوب نسبية. وفي نفس الاتجاه العكسي شاباس ص/١٩٠ بند/١٤٤٣.

نيته في الحيازة لحساب نفسه. وتقدير ذلك متروك لقاضي الموضوع[1]. كأن يمنع «الشريك في الشيوع بقية شركائه من إدارة العين الشائعة»[2]. فتعود الحيازة صالحة لترتيب آثارها القانونية. على أن يلاحظ أنه، لما كان الأمر هنا يتعلق بمجرد إزالة غموض عن حيازة هي في ذاتها حيازة قانونية وإن كانت مشوبة بعيب، وليس يتعلق بتحويل حيازة عرضية إلى حيازة قانونية، فإنه ليس يلزم لإزالة هذا العيب اتباع الطرق المقررة لتحويل الحيازة العرضية إلى حيازة قانونية[3] على ما أسلفناه[4].

---

(١) أنظر من تطبيقات القضاء الفرنسي:

Civ. 23/4/1969 Bull. T. 3, No. 320; Civ. 19/6/1973, *Bull T. 3, No. 426; Crim. 3/12/1984*, J. C. P., 1985-4-60

ومن الفقه في هذا المعنى:

GHESTIN: Note, J.C.P. 1972-2-17077, Sous Civ., 13/11/1970, GOUBEAUX, Note. J.C.P., 1973-2-17566, sous Civ. 8/5/1973.

(٢) محمود جمال الدين ذكي بند/٢٩٢.

(٣) في هذا المعنى: السنهوري بند/٢٨٧ ص/٨٦٠، ٨٦١.

(٤) أنظر سابقا بند/٢٣٦ وما بعده.

الفـــرع الثـــاني

حسن أو سوء النية في الحيازة

٢٥١ ـ تختلف آثار الحيازة ـ على ما سنراه في حينه ـ بحسب ما إذا كان الحائز حسن النية أو سيء النية.

٢٥٢ ـ ويعتبر الحائز حسن النية «إذا كان يجهل أنه يعتدى على حق للغير. . .» (م/٩١٤ـ١)، شرط ألا يخالجه في هذا أدنى شك[1]. فيما يعني أن حسن النية ـ على هذا التحديد ـ ليس يعدو أن يكون «سوى غلط وقع فيه الحائز: اعتقاده على خلاف الحقيقة»[2] أنه لا يعتدى على حق الغير[3].

إنما، ليس يلزم للقول بحسن النية أن يكون الحائز معتقدا أيضا أن الحق الذي يحوزه له[4]. فمن يستولى على منقول بنية تملكه يعرف أنه ليس له، لكنه يكون حسن النية إن كان يظن أنه منقول متروك وهو في الحقيقة ضائع (أو مفقود)، لأنه في هذه الحالة كان يجهل أنه، بالاستيلاء عليه، يعتدى على حق مالكه فيه[5].

وقد يكون الحائز غير أهل لأن يُعتد بنيته، لكونه غير مميز، وقد لا يكون شخصا طبيعيا وإنما شخص اعتباري: ففي الحالتين، تكون العبرة في حسن النية أو سوئها بنية من يمثله. وليس في هذا سوى محض تطبيق للقواعد العامة في النيابة. ولذلك لم ير

---

(١) في هذا المعنى: نقض ١٩٦٨/١٠/٢٩ (خلف ١٠٦٣ ـ ٤١٢). نقض ١٩٨٦/٥/١٨ (خلف ١١١٤ ـ ٤٢٧) وقد جاء فيه أنه يكفي لانتفاء حسن النية. . . مجرد شك المتصرف اليه (الحائز) حين تلقي التصرف، في اعتقاده بأن المتصرف مالك لما يتصرف فيه)، نقض ١٩٨٨/٤/٢٦ (خلف ١١٢٨ ـ ٤٣١)، وقرب: شاباس ص/٢٣٢ بند/١٤٩٨،

VOUIN (R): La bonne foi, Thèse Bordeaux, 1939, P. 302 et S.

(٢) (٣) محمود جمال الدين زكي بند/٢٩٣، وفي نفس المعنى: رينو ص/٢٣ بند/٢٥، شاباس ص/٢٣٢ بند/١٤٩٨.

(٤) (٥) في هذا المعنى: السنهوري ص/٨٦٥ بند/٢٩٠، وقارن رينو ص/٢٣ بند/٢٥ حيث يرى أن الحائز يكون حسن النية «حين يعتقد أنه صاحب الحق الذي يمارسه في الواقع

«Croire qu'il est titulaire du droit exerce en fait».

المشرع ما يدعو لإفراد نص خاص بهذا الحكم كما فعل نظيره المصري[1].

٢٥٣ ـ ولكن، لما كان من شأن تقدير حسن نية الحائز على أساس من المعيار الشخصي وحده، أن يؤدي في بعض الأحيان إلى نتائج غير مقبولة، فقد قرن المشرع هذا المعيار بآخر موضوعي، فاشترط ألاّ يكون جهل الحائز بأنه يعتدى على حق الغير «ناشئا عن خطأ جسيم» (م/٩١٤ـ١)، وإلا اعتبر سيء النية[2].

والخطأ الجسيم، كما هو معروف، هو الخطأ الذي لا يرتكبه أقل الناس عناية. ومن أمثلته هنا، جهل الحائز الذي اشترى العقار من غير مالكه أن البائع غير مالك، إذ كان بإمكانه بشيء من الاحتياط أن يعرف مالكه بالاطلاع على سجلات الشهر العقاري. وقضى ـ تبعا لذلك ـ بأن: «ثبوت صفة العمومية للمال بتخصيصه بالفعل لمنفعة عامة ينتفي معها حسن نية من يحوز المال بعد حصول هذا التخصيص، إذ يمتنع عليه في هذه الحالة التحدى بأنه كان عند حيازته يجهل أنه يعتدى على حق الغير، لأن هذا الجهل يكون ناشئا عن خطأ جسيم لما يشهد به الواقع من تخصيص المال الذي يحوزه للمنفعة العامة، ومن ثم فلا يتوافر بهذا الجهل حسن النية لديه[3].

٢٥٤ ـ «وحسن النية مفترض إلى أن يثبت العكس»[4][5]. وليس يعدو هذا الافتراض الذي كرّس له المشرع الفقرة/٢ من المادة/٩١٤ أن يكون سوى ترديد لمبدأ عام مسلم به في جميع القوانين الوضعية. لكن المشرع عاد وتحفّظ على هذا الافتراض فقال: «مالم ينص القانون على خلاف ذلك» (م/٩١٤ـ٢). فقد يعتبر المشرع الحائز سيء النية في ظروف معينة مالم يقم هو الدليل على حسن نيته. من ذلك افتراض سوء نية الخلف العام للحائز متى كان سلفه سيء النية (م ٩١٧).

٢٥٥ ـ ويصبح الحائز سيء النية، ولو كان وقت بدء حيازته حسن النية، «من وقت علمه أن حيازته اعتداء على حق الغير» (م/٩١٥ـ١). ولما كان أدنى شك يساوره يبدد حسن النية لديه، فإنه إذا ما رفعت عليه دعوى تفيد أن الحق الذي يدعيه على الشيء الذي يحوزه ليس له، اعتبر أيضا سيء النية من وقت إعلانه بصحيفة الدعوى»

---

(١) في المادة/٩٦٥ـ٢.

(٢) أنظر من تطبيقات القضاء لهذا المعيار: نقض ١٩٦٨/١٠/٢٩ (خلف ١٠٦٣ـ٤١٢).

(٣) نقض ١٩٦٧/٤/٢٧ (خلف ١٠٥٤ ـ ٤١٠).

(٤) راجع من تأكيدات القضاء، في هذا المعنى: نقض ١٩٦٤/٤/٣٠ (خلف ١٠٣٩ ـ ٤٠٦).

(٥) ويستطيع خصم الحائز أن يثبت العكس، أي سوء نية هذا الأخير بجميع طرق الإثبات، أنظر في هذا المعنى شاباس ص/٢٣٢ بند/١٤٩٩.

(م/٩١٥-١). وفي كل الأحوال اعتبر المشرع سيء النية كل «من اغتصب الحيازة بالإكراه من غيره» (م/٩١٥-٢) حتى ولو كان يعتقد إذ ذاك *أن الحق الذي اغتصب* حيازته هو حقه. فالذي يجعل الحائز سيء النية هنا هو نفس واقعة اغتصاب الحيازة بالإكراه. والحكمة من هذا الحكم، منع الأفراد من أخذ حقوقهم بأنفسهم بما يعكر السلام الاجتماعي[1].

٢٥٦ - والتعرّف على حسن أو سوء نية الحائز هو من مسائل الواقع التي يستقل بتقديرها قاضي الموضوع[2].

٢٥٧ - إنما بالنظر إلى أن صفة الحيازة قد تتغير عما كانت عليه وقت بدئها، فقد نصت المادة/٩١٦ على أن «تبقى الحيازة محتفظة بالصفة التي بدأت بها وقت كسبها إلى أن يثبت العكس». وهذا الافتراض يشمل بقاء صفة الحيازة، على ما كانت عليه في البداية، من حيث حسن أو سوء *نية الحائز أيضا*.

---

(١) في هذا المعنى، محمود جمال الدين زكي بند/٢٩٣.

(٢) أنظر: نقض ١٨/٥/١٩٨٦ (خلف ١١١٤ - ٤٢٧)، نقض ٢٦/٤/١٩٨٨ سابق الإشارة إليه، وفي القضاء الفرنسي.

Crim: 3/12/1984, J.C.P., 1985-4-60; Civ. 31//1/1984 D. 1984-396 et Note AUBERT.

المبحث الثاني

انتقال الحيازة

Transfert de La possession

إمكان الاستخلاف في الحيازة:

٢٥٨ ـ الحيازة، مثلها مثل الحقوق، تقبل الاستخلاف، فتنتقل من السلف إلى خلفه، عاما كان هذا أم خاصا:

انتقال الحيازة إلى الخلف العام:

٢٥٩ ـ تنتقل الحيازة من الحائز إلى خلفه العام، تماما كما تنتقل إليه أمواله، بقوة القانون، دون حاجة إلى تسلم فعلي لما ترد عليه. فيما يعني أن الخلف العام، كالورثة، لا يبدأون حيازة جديدة، وإنما تعتبر يدهم استمراراً ليد سلفهم. إنها حيازة سلفهم خلفوه فيها.

٢٦٠ ـ ويكون من الطبيعي، والحال كذلك، أن تنص المادة/٩١٧ على أنه: «تنتقل الحيازة للخلف العام بصفاتها...»[1]. وعلى ذلك: فإذا كانت حيازة السلف قانونية، انتقلت إلى ورثته بهذه الصفة، وكان لهم أن يستندوا إليها للتمسك بحقهم فيما يرتبه هذا النوع من الحيازة من آثار قانونية. أما إذا كانت مجرد حيازة عرضية، انتقلت إلى الخلف بنفس الوصف، إلا إذا استطاع هذا الأخير أن يحولها إلى حيازة قانونية بإحدى *الطريقتين سابقتي الذكر*[2]، حين ترتب الحيازة القانونية أثرها منذ التحول فقط، وحين يجب على الخلف أن يثبت هذا التحول إذ المفروض أن الحيازة التي بدأت عرضية تستمر كذلك، والفرض في هذه الحالة أن حيازة الخلف استمرار لحيازة سلفه. وإعمالا لنفس الفكرة، إذا كانت حيازة السلف معيبة، انتقلت إلى الخلف كذلك، وظلت غير صالحة لترتيب آثارها القانونية حتى يزول عنها لدى الخلف ما كان يشوبها من عيب.

---

(١) أنظر من تطبيقات القضاء المصري للنص المقابل (م/٩٥٥-١): نقض ١٩٨٨/٥/٢٥ (خلف ١١٣٠-٤٣٣).

(٢) أنظر سابقا بند/٢٣٦ وما بعده.

وإذا كان السلف حائزا حسن النية أو كان سيء النية، انتقلت حيازته إلى خلفه بذات الصفة. ولكن، إذا كان السلف سيء النية، بأن كان يعلم أن حيازته اعتداء على حق الغير، وكان الخلف يجهل ذلك، وأثبته[1] كان له أن يتمسك بحسن نيته هو. وعلى ذلك صريح المادة/٩١٧.

ولما كانت حيازة الخلف العام تعتبر استمرارا لحيازة السلف، على ما قدمناه، بما يعني أنها تنتقل إليه من وقت بدئها، فإنه إذا كان الأثر القانوني المناط بالحيازة يقتضى استمرار هذه مدة في الزمن (التقادم)، فإن حساب هذه المدة يكون ابتداءً من الوقت الذي بدأت فيه حيازة السلف. وهذا المعنى يستفاد أيضا بمفهوم الإشارة من نص المادة/٩٢١ على ما سيجيء.

انتقال الحيازة إلى الخلف الخاص:

٢٦١ - تنتقل الحيازة من السلف إلى الخلف الخاص، أو ما عبّرت عنه المادة/٩١٨ بـ «الغير»، «إذا اتفقا على ذلك وأصبح في استطاعة هذا الغير (الخلف الخاص) أن يسيطر على الشيء ولو لم يتسلمه تسلما ماديا».

ويبين من هذا النص أنه يجب، لانتقال الحيازة من السلف إلى الخلف الخاص، فضلا عن الاتفاق بينهما على ذلك[2]، أن يكون هذا الاتفاق مصحوبا بانتقال السيطرة على الشيء محل الحيازة من السلف إلى الخلف الخاص، أو على الأقل أن تتوفر لهذا الأخير القدرة على هذه السيطرة، بمعنى أن يكون بإمكانه مباشرة الأعمال التي تشكل العنصر المادي لحيازة الشيء الذي انتقل إليه.

وهذه السيطرة تتحقق - بداهة - بتسليم الشيء تسليما ماديا للخلف الخاص.

٢٦٢ - لكن إمكان السيطرة على الشيء يظل متصورا ولو لم يسلّم الشيء ماديا إلى الخلف الخاص، إذا ما سلمّ إليه حُكميا أو رمزيا.

٢٦٣ - ويتحقق التسليم الحكمي، حين يستمر، السلف واضعا يده على الشيء الذي اتفق على نقل ملكيته للخلف ولكن لحساب هذا الأخير، كما لو باع الحائز الشيء واتفق مع المشتري على أن يبقى في العين باعتباره مستأجرا لها. و حين يكون الخلف

---

(١) لأن قرينة حسن النية لا تنطبق هنا، وعلى ذلك، الاستدراك المقرر بالمادة/٩١٤-٢ على أصل افتراض حسن النية، حين قضت هذه المادة بأنه: «. . . مالم ينص القانون على خلاف ذلك».

(٢) والمقصود هو الاتفاق على نقلها بركنيها المادي والمعنوي. أنظر المذكرة الإيضاحية تعليقا على المادة/٩١٨.

واضعا يده من قبل على الشيء باعتباره حائزا عرضيا لحساب مالك الشيء، ثم يتفق مع هذا الأخير على انتقال ملكية الشيء إليه، فيصير بعد ذلك حائزا لحساب نفسه، كما لو اشترى المستأجر ما يستأجره. ويطلق على التسليم الحكمي في فرضه الثاني التسليم باليد القصيرة.

وقد نصت على جواز نقل الحيازة بهذا النوع من التسليم، المادة/ ٩١٩ حين قضت بأنه: «يجوز أن يتم نقل الحيازة دون تسليم مادي إذا استمر الحائز واضعاً يده لحساب من يخلفه في الحيازة، أو استمر الخلف واضعا يده ولكن لحساب نفسه».

٢٦٤ ـ أما التسليم الرمزي فيكون بتسليم ما يرمز إلى الشيء موضوع الحيازة أو ما يمكّن من السيطرة عليه دون عائق. كتسليم مفاتيح منزل[1] أو تسليم سندات شحن بضاعة.

وقد نصت على جواز نقل الحيازة بهذا النوع من التسليم المادة/ ٩٢٠ـ١ حين قضت بأنه: «يجوز أن يتم نقل الحيازة إذا تسلم الخلف ما يمكّنه من التسلم المادي للشيء». واعتبرت من قبيله، على الأخص، «تسليم السندات المعطاة عن البضائع المعهود بها إلى أمين النقل أو المودعة في المخازن» إذ يقوم تسليم هذه السندات «مقام تسليم البضاعة ذاتها» (م/ ٩٢٠ـ٢).

غير أنه، لما كان التسليم، في هذا النوع من التسليم، لا يرد على مادة الشيء، فقد يقع أن يتعارض هذا النوع من التسليم مع التسليم المادي لذات الشيء إلى شخص آخر، فتتعارض بهذا الشكل حيازة تستند إلى تسليم رمزي مع حيازة تستند إلى تسليم فعلي. ومثال ذلك أن يتم بيع البضاعة إلى شخصين، ويتسلم كل منهما صورة من سند الإيداع، ويتمكن أحدهما من تسلم البضاعة فعلا. وقد عالج المشرع هذه المشكلة في المادة/ ٩٢٠ـ٢، مفضّلا عند توافر حسن النية لدى الحائزين، الحيازة التي تستند إلى

---

(١) أنظر ـ مع ذلك ـ في خصوص تسليم مفاتيح الخزائن، حكم نقض ١٩٤٧/١/٣٠ (خلف ١٠٣٠ـ٤٠٢) وقد جاء فيه: «حيازة مفتاح الخزائن هي حيازة رمزية لمنقول غير حاصل فعلا في اليد، وليست بذاتها دليلا قاطعا على حيازة ما هو في الخزانة. وإذا كان القانون قد نص في باب البيع على أن تسليم المنقولات المبيعة يصح أن يتم بتسليم مفاتيح المخازن الموضوعة فيها، فإن هذا النص لا يعني أن كل من يحمل مفتاحا لخزانة يكون ولابد حائزا لمحتوياتها، لأن حمل المفتاح لا يلزم عنه حتما أن حامله مسلط على الخزانة مستأثر بالتصرف في فراغها، ومن ثم كانت العبرة في كل دعوى بظروفها الواقعية، فحيث تدل هذه الظروف على ان حامل مفتاح الخزانة كان متسلطا فعلا على ما فيها جاز اعتباره حائزا وإلا فلا. وما يراه قاضي الموضوع في هذا الشأن هو رأي في مسألة واقعية يستقل هو بتقديرها ولا يخضع قضاؤه فيها لرقابة محكمة النقض».

التسليم الفعلي، فنص في هذه المادة على أنه «إذا تسلم شخص هذه السندات وتسلم آخر البضاعة ذاتها وكان كلاهما حسن النية، فإن الأفضلية تكون لمن تسلم البضاعة». أما إذا كان من تسلم المستندات هو وحده حسن النية فإنه يفضل على الآخر رعاية لحسن نيته.

٢٦٥ ـ هذا وتتميز الخلافة الخاصة في الحيازة بأنها تعد بدءاً لحيازة جديدة، وليست استمرارا لحيازة السلف. والقول ـ من ثم ـ بأنها تنتقل من السلف إلى الخلف الخاص، اتباعا لصياغة النصوص، هو قول «يتضمن تجاوزا في التعبير تمليه سهولته»[1].

وينبنى على كون حيازة الخلف الخاص حيازة جديدة أنها لا تتقيد بالصفة التي كانت لحيازة السلف، ولا تمتد، كذلك، إليها عيوبها.

٢٦٦ ـ على أنه، بالرغم من أن حيازة الخلف الخاص تعتبر حيازة جديدة، إلا أن المشرع أجاز له «أن يضم إلى حيازته حيازة سلفه، في كل ما يرتبه القانون على الحيازة من أثر» (م/٩٢١). وهو حكم تظهر أهميته على الأخص، حين يكون الأثر المناط بالحيازة مما يقتضى أن تستمر هذه الأخيرة فترة من الزمن فيما يعرف في الاصطلاح بالتقادم. مع ملاحظة أنه، عند الضم، ينظر إلى الحيازة التي انضمت بصفاتها كما كانت عند السلف[2].

---

(١) محمود جمال الدين زكي بند/ ٢٩٤.

(٢) انظر المذكرة الايضاحية تعليقا على المادة/ ٩٢١.

المبحث الثالث

زوال الحيازة

Perte de La Possession

تعداد:

٢٦٧ ـ لما كانت الحيازة لا تقوم ـ كما بينا ـ إلا باجتماع عنصريها المادي والمعنوي، فإنها لذلك تزول إذا تخلى الحائز عنها بعنصريها أو فقد أحد هذين العنصرين:

زوال الحيازة بالتخلي الاختياري عنها بعنصريها:

٢٦٨ ـ قد تزول الحيازة بالتخلي الاختياري عنها بعنصريها. وهذه هي الطريقة الغالبة لزوال الحيازة. وهي تتحقق في حالتين: *الأولى، حالة ما إذا نقل الحائز حيازته* إلى غيره بالاتفاق، على نحو ما ورد في النصوص المتعلقة بانتقال الحيازة[1]، كما لو باع الحائز الشيء الذي يحوزه، باعتباره مالكا، أو وهبه، وسلمه إلى المشتري أو الموهوب له. والحالة الثانية: إذا ما تخلى الحائز عن الشيء بنية تركه دون أن ينقل حيازته إلى غيره. ويتفق مع حكم هذه الحالة بالنسبة للمنقولات ـ ما نصت عليه المادة/٨٧٦ من أن «يصبح المنقول مباحا إذا تخلى عنه مالكه بنية النزول عن ملكيته».

زوال الحيازة بفقدان الحائز لعنصرها المادي:

٢٦٩ ـ تزول الحيازة كذلك، بفقد الحائز، بدون اختياره، عنصرها المادي، أو في عبارة أخرى، إذا فقد سيطرته الفعلية على الشيء رغما عنه. اللهم إلا إذا كان ذلك بسبب مانع وقتي (م/٩٢٢). على أن في الأمر تفصيلا يختلف فيه زوال الحيازة، لهذا السبب، بحسب ما إذا كان الأمر يتعلق بحيازة عقار أو بحيازة منقول:

أ ـ بالنسبة للعقارات:

١ ـ لا تزول حيازة العقار إذا كفّ الحائز من تلقاء نفسه عن مباشرة الأعمال المادية

---

(١) راجع سابقا بند/٢٥٨ وما بعده.

للحيازة، كانقطاعه عن سكنى المنزل، مادام أن بامكانه في أي وقت ـ ودون عائق ـ أن يعود إلى مباشرة السيطرة المادية على الشيء[1]. ومادام أن نيته لم تتجه بهذا الكف إلى التخلي نهائيا عن حيازه الشيء. ويقال عندئذ أن الحائز يحتفظ بالحيازة عن طريق الركن المعنوي وحده[2].

ومن هذا يبين أن مباشرة الأعمال المادية فعلا هي شرط لازم لكسب الحيازة ابتداءً، أما بقاء الحيازة التي سبق كسبها فيكفي فيه إمكان مباشرة هذه الأعمال دون عائق، وهو ما يفترض ألا تعترض حيازة الحائز حيازة أخرى[3] تحول بينه والعودة في أي وقت إلى مباشرة السيطرة المادية على الشيء.

٢ ـ لا تزول حيازة العقار إذا حال بين الحائز ومباشرة السيطرة الفعلية على الشيء مانع وقتي يعتبر من قبيل القوة القاهرة، كاحتلال العدو لجزء من إقليم الدولة. أو كأن تغمر مياه الفيضان الأرض لفترة من الوقت، بما يحول بين الحائز وزراعتها... الخ.

وقد نصت على هذا الحكم الفقرة/٢ من المادة/٩٢٢ حين استدركت على الأصل المقرر بفقرتها الأولى والقاضي بزوال الحيازة بتخلي الحائز عن سيطرته الفعلية على الشيء أو فقد هذه السيطرة بأية طريقة أخرى، قائلة «ومع ذلك لا تزول الحيازة إذا حال دون السيطرة الفعلية مانع وقتي».

٣ ـ إنما تزول حيازة العقار، إذا فقد الحائز سيطرته الفعلية بسبب سيطرة غيره على العقار[4]، سواء أكانت هذه السيطرة المناهضة نتيجة لسلب الحيازة من الحائز السابق[5]، أو نتيجة لمجرد تسلط الغير على العقار دون علم من الحائز. وفي الحالتين يتميز فقد

---

(١) وفي هذا المعنى، جاء في حكم لمحكمة التمييز أن «مجرد ترك العين وإهمالها وعدم ممارسة أي حق عليها مهما يطل الزمن من غير أن يتعرض لها أحد ويغتصبها وينكر حق مالكها فيها فإنه لا يترتب عليه البتة... إسقاط حق مالكها... وتستمر الملكية للمالك إلى أن يحوزها حائز وتستمر يده عليها مستكملة الشرائط القانونية» تمييز ١٩٨٤/٥/٢١ طعن ٨٤/١ مدني (المجلة ١٢ (ع٢)ـ ١١ ـ ٢٨٣)، وفي نفس المعنى: تمييز ١٩٨٤/٥/١٦ طعن ٨٣/١٥٨ تجاري (المجلة ١٢ (ع٢)ـ ٣٠ ـ ١٣٦)، تمييز ١٩٨٤/١/٤ طعن ٨٣/٣٧ تجاري (المجلة ١٢ (ع١) ـ ٢ ـ ٣٣)، تمييز ١٩٨٢/٣/٣١ طعن ٨١/١١٤/١١٢ تجاري (المجلة ١١ (ع١)ـ ٣٠ ـ ٩٩)، تمييز ١٩٨٢/٤/٢١ طعن ٢١٣، ٨١/٢٣٥ تجاري (المجلة ١١ (ع١) ـ ٣٧ ـ ١٣٢).

(٢) انظر السنهوري ص/٨٠٢ بند/٢٦٣، وراجع في شروط ذلك: شاباس ص/٢١١ بند/١٤٧٢.

(٣) في هذا المعنى: الصده ص/٥٥٥ بند/٣٣٨.

(٤) (٥) انظر من تطبيقات القضاء الكويتي، تمييز ١٩٨٥/٥/٢٩ طعن ٨٤/٢٢١/١١٨ تجاري (المجلة ١٣ (ع٢) ـ ٤٣ ـ ١٨٩).

الحيازة بأنه يقترن بحيازة جديدة لذات الشيء يكسبها الحائز الجديد[1]، وهي ما أسميناها بالحيازة المناهضة.

غير أن المشرع لم يترك الحائز السابق دون حماية، وإنما خوله دعوى يمكنه بها استرداد حيازته خلال ثلاث سنوات، تبدأ من وقت فقدان الحيازة بسلبها من الحائز، فإن كان فقد الحيازة خفية بدأ سريان هذه المدة من يوم انكشافه (م/٩٢٤). فإذا نجح في هذه الدعوى واسترد الحيازة عادت إليه حيازته غير منقطعة، أو كما عبرت المادة/٩٢٢-٢ اعتبرت أنها لم تزل أصلاً». أما إذا انقضت المدة دون أن يرفع الدعوى زالت حيازته نهائيا واعتبارا من يوم فقدها. ولذلك ينظر بعض الشراح إلى الحيازة المناهضة ـ خلال المدة التي يمكن فيها رفع دعوى الاسترداد ـ على أنها مانع وقتي[2] يحول دون زوال حيازة الحائز الأصلي متى تم له في النهاية استرداد حيازته.

ب ـ بالنسبة للمنقولات:

١ ـ لا تزول حيازة المنقول بدورها، إذا حال بين الحائز ومباشرة السيطرة الفعلية عليه مانع وقتي يعتبر من قبيل القوة القاهرة، كتعطّل سيارة بسائقها في منطقة نائية، مما يضطره لتركها مؤقتا ريثما يعود لإصلاحها.

٢ ـ ويتجه رأي في الفقه إلى أن حيازة المنقول يمكن أن تزول بفقد عنصرها المادي وحده، إذا استولى الغير على المنقول محل الحيازة، فانتقلت إليه السيطرة الفعلية عليه (كما في حالة السرقة)، أو إذا خرج الشيء ماديا من حيازة الحائز بدون فعل الغير (كما في حالة الفقد أو الضياع). ففي الحالتين لم يعد الحائز يستطيع مباشرة السيطرة المادية على المنقول فيؤدي ذلك إلى فقدانه لحيازته «ولا يجديه أن يظل محتفظا بالعنصر المعنوي، إذ أن النية لا تكفي وحدها للاحتفاظ بالحيازة»[3]. أما البعض الآخر من الشراح فيرون أن سرقة الشيء أو فقده، إنما تعد من الموانع المؤقتة التي تحول دون زوال حيازة المنقول. وتظل هذه الموانع قائمة إلى أن يزول العنصر المعنوي لدى الحائز السابق، بفقده الأمل في العثور على الشيء، أو إلى أن يحوز المنقول شخص آخر حيازة

(١) في هذا المعنى، الصده ص/٥٥٣ بند/٣٣٨.

(٢) أنظر محمد علي عرفه بند/٨٢، عبد الفتاح عبد الباقي بند/٣٠٠، محمود جمال الدين زكي بند/٢٩٦ وهامش/٥.

(٣) الصده ص/٥٥٢،٥٥٣ بند/٣٣٨ وفي نفس المعنى السنهوري ص/٩٠٠،٩٠١ بند/٣١٠، شاباس ص/٢١١ بند/١٤٧٢.

قانونية صالحة لترتيب آثار الحيازة[1]. ونحن نؤيد الاتجاه الأخير خاصة وأنه الذي يستجيب وعمومية نص المادة/٩٢٢ـ٢ التي تقضي بأن الحيازة لا تزول «إذا حال دون السيطرة الفعلية مانع وقتي» بغير أن تفرق بين عقار ومنقول.

جـ ـ زوال الحيازة بفقد الحائز عنصرها المعنوي:

٢٧٠ ـ وتزول الحيازة كذلك، بفقد عنصرها المعنوي وحده، مع بقاء عنصرها المادي. ويتحقق ذلك إذا فقد الحائز ما كان لديه من نية في أن يعمل على الشيء محل الحيازة لحساب نفسه، في الوقت الذي يبقى لديه فيه العنصر المادي، حيث يظل يسيطر على الشيء سيطرة مادية ولكن لحساب غيره الذي أصبح يخلفه في الحيازة[2]. فتنقلب حيازته ـ والحال كذلك ـ إلى مجرد حيازة عرضية[3] مثال ذلك أن يتصرف الحائز في الشيء ولكنه يستمر، بالاتفاق مع المتصرف إليه، واضعا يده عليه بصفته مستأجرا.

(١) من هذا الرأي: محمد على عرفه بند/٨٦، عبد الفتاح عبد الباقي بند/٣٠٠، محمود جمال الدين زكي بند/٢٩٦، محمد لبيب شنب ص/١٤٨ بند/١٤٩ وهامش/٣٢.

(٢) (٣) أنظر في هذا المعني: السنهوري ص/٩٠٢ بند/٣١١، الصده ص/٥٥٥ بند/٣٣٨، محمود جمال الدين زكي بند/٢٩٦، ومن الفقه الفرنسي: رينو ص/١٨، ١٩ بند/١٨، شاباس ص/٢١٠ بند/١٤٧١.

المبحـــث الرابع

آثـار الحيـــازة

تحديد، وتقسيم:

٢٧١ ـ تتعدد الآثار القانونية التي تترتب على الحيازة، بما جعل من هذه الأخيرة نظاما بالغ الأهمية في التشريعات المعاصرة.

وبعض هذه الآثار ترتبه الحيازة لذاتها، أي دون حاجة لأن تستمر هذه الحيازة لفترة من الزمن، بما يمكن معه أن نصفها بالآثار الفورية للحيازة. فيما يكون البعض الآخر من الآثار رهن استمرار الحيازة لفترة من الزمن فيما يعرف في الاصطلاح بـ «التقادم».

ونخصّص لكل من آثار الحيازة لذاتها، وآثار الحيازة الممتدة في الزمن (التقادم) مطلبا مستقلا.

المطلـب الأول

الآثار التي ترتبها الحيازة لذاتها

تعداد الآثار الفورية للحيازة، تقسيم:

٢٧٢ ـ تترتب على الحيازة بذاتها (أي دون حاجة إلى أن تمتد لفترة من الزمن) آثار قانونية متعددة:

ففضلا عن كونها سند الحائز في رفع دعوى الاسترداد (المقررة له بالمادة/ ٩٢٤)[1] إذا سلبت منه حيازته (مما أخرجناه من إطار هذه الدراسة)، تلعب الحيازة دورا هاما من حيث كونها قرينة على الحق. كما أنها سبب يُكسب الحائز ثمار الشيء محل الحيازة، ويخوله حق استرداد ما أنفقه من مصروفات على هذا الشيء. كما أن للحيازة أثرها فيما يتعلق بأحكام تبعة هلاك الشيء محلها. أما أخطر آثارها فهو صلاحيتها لأن تكون ـ بذاتها ـ

---

(١) أما حق رفع دعوى منع التعرض (المقررة للحائز بالمادة/ ٩٢٧) أو دعوى وقف الأعمال الجديدة (المقررة للحائز بالمادة/ ٩٢٨)، فأثر الحيازة يجب أن تكون قد استمرت مدة ثلاث سنوات على الأقل.

سببا لكسب ملكية المنقول وإسقاط التكاليف والقيود العينية الواردة عليه.

ونعالج هذه الآثار تباعا، مخصصين لكل منها فرعا مستقلا.

الفـــرع الأول

الحيازة كقرينة على الملكية (أو الحق العيني الآخر)

أهمية هذا الدور:

٢٧٣ ـ جعل المشرع من الحيازة في ذاتها قرينة على وجود الحق الذي يظهر الحائز بمظهر صاحبه، ملكية كان هذا الحق أو حقا عينيا آخر. فمادام الظاهر أن الحائز هو صاحب الحق، فالقانون يفترض أن هذا الظاهر يمثل الحقيقة، وعلى من يدعي خلافه أن يثبت ما يدعيه. فتنص المادة/٩٢٣ على أن: «من حاز شيئا ظاهرا عليه بمظهر المالك أو صاحب حق عيني آخر، اعتبر هو المالك أو صاحب الحق، ما لم يثبت العكس».

وواضح من الاستدراك الأخير أننا بصدد قرينة بسيطة قابلة لإثبات العكس. ويدعونا لهذا التنويه لفت الانتباه إلى أن المشرع ينظم قرينة أخرى أقوى من هذه في إثبات الملكية أو الحق العيني الآخر، إذا استمرت الحيازة مدة خمس عشرة سنة، حيث يجعل من هذه الحيازة دليلا على الحق لا يمكن دحضه، ويحكم للحائز بهذا الحق، إذا أنكر حق الغير فيه وادعاه لنفسه ولو لم يبيّن سبب كسبه، على ما سنبينه تفصيلا في موضع لاحق[1].

وكون الحيازة في ذاتها قرينة على الحق ولو كانت قرينة قابلة لإثبات العكس، هو أثر للحيازة له كل أهميته. ولا تقتصر فائدته على تحقيق مصلحة الحائز الذي قد يكون غير صاحب الحق، وإنما تمتد فائدة القرينة المقررة بالمادة/٩٢٣ لتحقق أيضا مصلحة صاحب الحق نفسه، وكثيرا ما يكون الحائز هو صاحب الحق. إذ ليس يخفي أن إثبات الملكية، وبخاصة الملكية العقارية، تكتنفه صعوبات كبيرة. وبمقتضى هذه القرينة يعتبر الحائز مالكا، فتقيله القرينة، على هذا النحو، من عبء إثبات ملكيته إذا ما نازعه غيره فيها، وتلقي على عاتق هذا الغير (خصم الحائز) إقامة الدليل على أنه هو مالك الشيء، لا حائزه.

---

(١) أنظر لاحقا بند/٣٠٩.

الفـــرع الثـــاني

حق الحائز في ثمار ومنافع الشيء محل الحيازة

الخروج على الأصل لمصلحة الحائز حسن النية:

٢٧٤ ـ تثور مسألة استحقاق الثمار عندما يثبت أن الحائز ليس هو صاحب الحق الذي كان يعتقد أنه له على الشيء الذي يحوزه، ويسترد صاحب الحق الشيء من الحائز.

وكـان المفروض، طبقاً للأصل، أن تكون ثمار الشيء ومنافعه لصاحب الحق فيه الذي استرده من الحائز. ولكن المشرع خرج على هذا الأصل لمصلحة الحائز الذي قبض ثمار الشيء أو حصّل منافعه وهو حسن النية يعتقد وقت القبض أنها من حقه لأنه كان يعتقد إذ ذاك أنه صاحب الحق في الشيء الذي ينتجها، فنص في المادة/٩٢٩ـ١ على أن «للحائز الشيء الحق فيما يقبضه من ثماره وما يحصل عليه من منفعة مادام حسن النية».

ويوجّه هذا الخروج الاستثنائي على القاعدة العامة، اعتبارات متعددة تتفرع جميعا على فكرة العدالة. فالحائز كان له دور في إنتاج هذه الثمار، فهي ثمرة جهده إبّان حيازته للشيء الذي ينتجها. ومطالبته بردها ـ والعادة أنه يستهلكها أولا بأول من حيث يعتقد أنها له ـ فيها إرهاق شديد له، إن لم نقل مع البعض تؤدي «إلى خرابه»[١]. وبينه، وهو الحسن النية الذي لا يمكن أن يؤخذ عليه ثمة خطأ، والمالك المهمل الذي ترك الشيء تحت يده، يميل ميزان العـــدل إلى جانبـــه، مبررا له أن يحتفظ بالثمار درءا للضرر عنه، ومانعا المالك المهمل من استردادها منه[٢].

٢٧٥ ـ ويشترط لإعمال هذا الحكم الاستثنائي:

١ ـ أن يحوز الحائز الشيء الذي يغل الثمار حيازة قانونية مستكملة لعنصريها المادي والمعنوي، خالية من العيوب بالنسبة لمن يتمسك في مواجهته بكسب الثمار.

٢ ـ أن يكون الحائز قبض الثمار أو حصّل المنفعة. وقد حدد المشرع متى تعتبر الثمار

---

(١) أنظر محمود جمال الدين زكي بند/٢٩٩ عن بودان.

(٢) في هذا المعنى، محمود جمال الدين زكي الموضع السابق، الصده ص/٧١٢، ٧١٣ بند/٤٣٧.

مقبوضة، حين فرق في هذا الصدد بين الثمار الطبيعية أو المستحدثة من جهة وبين الثمار المدنية، فاعتبر الأولى مقبوضة «من يوم فصلها»، حين اعتبر الثانية مقبوضة «يوما فيوما» وجعل الحصول على المنفعة ـ من هذه الناحية ـ كقبض الثمار المدنية (م/ ٩٢٩ـ٢). وقد سبق أن بينا في مواضع سابقة، معنى الثمار، وأنواعها، والفرق بينها وبين المنتجات. فنحيل في تفاصيل ذلك إلى هذه المواضع[1].

٣ ـ أن يكون الحائز حسن النية وقت قبض هذه الثمار أو تحصيل هذه المنفعة. ويقصد بحسن النية هنا معنًى أكثر تشددا منه في حسن النية في الحيازة بوجه عام أو حتى في خصوص تملك المنقول بالحيازة[2]. إذ المقصود به هنا «أن يعتقد الحائز أنه يملك العين التي أنتجت هذه الثمار ملكا صحيحا لا تشوبه شائبة، وأن ملكية العين قد انتقلت إليه من مالكها انتقالا صحيحا باتا، فأصبح هو المالك للعين، وتبعا لذلك أصبح مالكا للثمار»[3]، وهو ما ينتفي، إذا كان سند من تلقّي الحق منه يعتوره عيب[4] هو يعلم به، أو كان سنده هو في حيازته للشيء معيبا بعيب من شأنه ألّا يخوله حقا في الثمار[5][6] وهو يعلم بذلك[7]. لأن اعتقاده في هذه الأحوال بأنه مالك للشيء ملكية باتة تخوله الحق في الثمار، إن صحّ تصوره، يكون مبنيًا على خطأ جسيم.

٢٧٦ ـ ويجب أن يتوافر حسن النية على الوجه الذي بيناه في الوقت الذي يقبض فيه الحائز الثمار أو يحصّل فيه المنفعة[8]، وليس يكفي أن يكون حسن النية وقت بدء الحيازة. فإذا والي قبضه للثمار وجب أن يكون حسن النية في كل مرة يقبض الثمار فيها وإلا فلا حق له فيما يقبضه منها بعد مازال عنه ماكان لديه من حسن النية[9].

---

(١) راجع سابقا بند/ ٦٠٥.

(٢) راجع لاحقا بند/ ٢٩١.

(٣) السنهوري ص/ ١١٧٨ بند/ ٤٦٤.

(٤) كبطلان أو قابلية للإبطال أو الفسخ أو الرجوع، أو حتى كون ملكية من تلقى الحق منه محل نزاع في دعوى ملكية أمام القضاء وهو يعلم بذلك.

(٥) كما لو كان سندا باطلا أو صوريا أو ظنيا.

(٦) «أما إذا كان السند من شأنه أن يخوله الحق في الثمار، ولكنه مشوب بما قد يؤدي إلى زواله، بأن كان قابلا للابطال أو الفسخ أو نحو ذلك، فإن علم الحائز بعيوبه لا يستبعد حسن النية لديه» الصده ص/ ٧١٦ بند/ ٤٤٢ مادام أنه وقت قبض الثمار لم يكن السند قد زال.

(٧) في هذا المعنى شاباس ص/ ٢٨٥ بند/ ١٥٧٠، الذي يقول أن حسن النية الواجب في الحائز، لكسب الثمار، يقتضي اعتقادين: أولا اعتقاده بأن من تلقى عنه الحق كان مالكا، وثانيا اعتقاده بأن السند الذي تلقى به هو الحق كان سندا صحيحا reguller.

(٨) (٩) في هذا المعنى: شاباس ص/ ٢٨٥ بند/ ١٥٧٠.

٢٧٧ - والمفروض أن الحائز حسن النية حتى يثبت المالك سوء نيته، إذ أن حسن النية مفترض حتى يقوم الدليل على العكس (م/٩١٤-٢).

٢٧٨ - فإذا توافرت هذه الشروط، كان للحائز ما قبضه من ثمار أو ما حصّله من منفعة. لكن حقه لا يمتد إلى منتجات الشيء، إذ تظل هذه الأخيرة للمالك دائما.

٢٧٩ - ويلاحظ أنه لم يرد من بين ما ذكرنا من شروط، شرط استناد الحائز في حيازته إلى سبب صحيح، كما تقتضي قاعدة الحيازة في المنقول سند الحائز على ما سنراه[1].

ومع ذلك فإن السبب الصحيح، إن لم يكن مُستلزما كشرط مستقل لإمكان كسب الثمار، إلا أنه في الواقع يصعب تصور حسن نية الحائز مالم يكن يعتقد على الأقل أنه يستند في حيازته إلى سبب يخوله الحق في قبض ثمار الشيء. فالاعتقاد بوجود هذا السند داخل في تكوين حسن نية الحائز[2].

٢٨٠ - وإذا أصبح الحائز سيء النية، بعد إذْ كان حسن النية في أول الأمر، فإنه يكون «مسئولا من وقت أن يصبح سيء النية عن المنفعة التي حصل عليها والثمار التي قبضها أو قصرّ في قبضها»، وإن جاز له «أن يسترد ما أنفقه في انتاج الثمار» (م/٩٣٠).

---

(١) راجع لاحقا بند/٢٩٢ وما بعده.

(٢) راجع في معنى أن السبب الصحيح، فيما يتعلق بكسب الثمار «لا يعتبر شرطا مستقلا عن حسن النية»، الصدة ص/٧١٥ بند/٤٤٢، محمود جمال الدين زكي بند/٢٩٩، شاباس ص/٢٨٦ بند/١٥٧٢.

الفـرع الثـالث

حق الحائز في استرداد بعض المصروفات

وضع المسألة:

٢٨١ ـ إذا استرد المالك ملكه من الحائز، وكان هذا الأخير قد أنفق على الشيء مصروفات وقت أن كان في حيازته، تثور مسألة ما يحق لمن كان حائزا أن يسترده مما أنفقه. وهو ما عرض له المشرع في المادتين/ ٩٣١، ٩٣٢. وتقضي الأولى بأنه:

«١ ـ على المالك الذي يرد إليه ملكه أن يؤدي إلى الحائز جميع ما أنفقه من المصروفات الضرورية.

٢ ـ وتسرى في شأن المصروفات النافعة أحكام المادتين/ ٨٨٢، ٨٨٣.

٣ ـ وليس للحائز أن يطالب بشيء من المصروفات الكمالية. وللمالك أن يستبقي ما استحدثه الحائز من منشآت بقيمتها مستحقة الإزالة، فإن لم يطلب ذلك كان للحائز أن ينزع ما استحدثه على أن يعيد الشيء إلى حالته الأولى دون ضرر».

أنواع المصروفات وحدود حق الحائز في الاسترداد:

٢٨٢ ـ وبمقتضى نص المادة/ ٩٣١ السابق يجب، في تحديد مدى حق الحائز في استرداد ما أنفقه على الشيء من مصروفات وقت أن كان في حيازته، التفرقة بين ثلاثة أنواع منها:

أ ـ **المصروفات الضرورية**: ويقصد بها تلك التي كان إنفاقها لازما لوقاية الشيء، من الهلاك أو التلف. كمصروفات تقوية أساسات المنزل ومصروفات ترميم السقف، ومصروفات علاج حيوان مريض.. الخ. وهذه يلزم المالك بردها كاملة إلى الحائز حتى ولو كان هذا الأخير سيء النية، لأن المالك ما كان هو نفسه إلا لينفقها. وفي إنفاق الحائز لها ما حافظ عليها لمالكها.

ب ـ **المصروفات النافعة**: وهي تلك التي أنفقها الحائز، لا لوقاية الشيء من الهلاك

أو التلف، وإنما لتحسين منفعته: كإصلاح الأرض لجعلها أكثر انتاجا في الزراعة، وتركيب مصعد للمنزل، وتركيب ماكينة ضخ مياه لرفع المياه إلى الأدوار العليا. . . الخ. وهذه أحال المشرع فيها إلى الأحكام الخاصة بالالتصاق المقررة بالمادتين/٨٨٢، ٨٨٣ سابقتي الدراسة[1]. وإعمالا لهذه الأحكام:

ـ إذا كان الحائز سيء النية[2] كان لمالك الشيء أن يطلب إزالة التحسينات التي أحدثها الحائز على نفقة هذا الأخير، مع التعويض إن كان له وجه، وذلك خلال سنة من وقت علمه بإحداثها، أو أن يطلب استبقاءها مقابل دفع قيمتها مستحقة الإزالة أو دفع مازاد بسببها في قيمة الشيء (م/٨٨٢).

ـ أما إذا كان الحائز حسن النية[3]، كان لمالك الشيء الخيار بين أن يدفع له قيمة ما أنفقه فعلاً (متمثلا في قيمة المواد وأجرة العمل)، أو أن يدفع له مازاد في قيمة الشيء بسبب ما استُحدث فيه من تحسينات. ما لم يطلب الحائز نزع هذه التحسينات.

جـ ـ **المصروفات الكمالية**: وهي التي لا تزيد من منفعة الشيء وإن كانت تؤدي إلى تجميله، فهي مصروفات أنفقها الحائز من أجل متعة شخصية. كتلك التي تنفق في أعمال الزخرفة والنقوش. . . الخ. وهذه لا يلزم المالك برد شيء منها. ولكنه ـ إذا اختار استبقاء ما استحدثه الحائز ـ يلتزم بدفع قيمته مستحقة الإزالة. فإذا لم يرغب في استبقائه، يكون للحائز أن ينزع ما استحدثه، على أن يعيد الشيء إلى حالته الأولى دون ضرر.

حق الحائز في استرداد ما أدّاه لسلفه مما أنفقه الأخير من مصروفات:

٢٨٣ ـ عرضت المادة/٩٣٢ لحالة ما إذا كان الحائز الذي يُسترد منه الشيء سبق أن انتقلت إليه الحيازة من حائز آخر، وكان قد أدى إلى سلفه شيئا من المصروفات، فنصت على أن المالك الذي يُرد إليه ملكه يجب عليه أن يؤدي للحائز ما سبق أن أدّاه هذا الحائز إلى سلفه من مصروفات وذلك في حدود ما يُلزم به المالك وفقا للمادة/٩٣١.

سلطة المحكمة في تيسير أداء المصروفات على المالك:

٢٨٤ ـ فإذا ما ثبت حق الحائز في استرداد المصروفات، سواء التي أنفقها بنفسه

---

(١) أنظر سابقا البنود ٧٦ وما بعده.

(٢) راجع في مفهوم سوء النية، سابقا بند/٧٦.

(٣) راجع في مفهوم حسن النية، سابقا بند/٨٨.

(م/٩٣١) أو التي أداها لسلفه، الحائز السابق (م/٩٣٢)، ومن ثم التزم المالك بدفعها، جاز للمحكمة، بناء على طلب المالك، أن تقرر ماتراه مناسبا للوفاء بهذه المصروفات. ولها أن تقضي بأن يكون الوفاء على أقساط دورية بشرط تقديم الضمانات الكافية (م/٩٣٣).

الفــرع الرابــع
مسئولية الحائز عن هلاك الشيء المحوز أو تلفه

٢٨٥ ـ عرضت المادة/ ٩٣٤ لمسئولية الحائز، قبل من يستحق الشيء، عن هلاكه أو تلفه أثناء حيازته، مفرِّقة، في ذلك، بين الحائز حسن النية والحائز سيء النية.

فالأول لا يكون مسئولا عن الهلاك أو التلف، «إلا بقدر ما عاد عليه من فائدة ترتبت على هذا الهلاك أو التلف» كما لو كان حصل على تعويض من الغير المتسبب في الهلاك والتلف أو على مبلغ التأمين. فإنْ لم تعد عليه ثمة فائدة من الهلاك أو التلف، لا يكون ملزما بشيء قِبل مُستحق الشيء.

وعلى العكس مما يذهب إليه بعض الشراح[1] نرى مع البعض الآخر[2] وما ذهبت إليه كذلك المذكرة الايضاحية، أن الحائز حسن النية لا يكون مسئولا عن الهلاك أو التلف تجاه مُستحق الشيء ولو حدث شيء من ذلك بتقصير منه، لأن قصر الإعفاء من المسئولية على حالة الهلاك أو التلف الذي يحدث بسبب أجنبي لايد للحائز فيه (كما يعتقد أنصار الرأى العكسي) يجعل من نص المادة/ ٩٣٤ لغوا. هذا إلى أن الحائز حين قصّر ـ بالفرض ـ في حفظ الشيء مما عرّضه للهلاك أو التلف كان يعتقد إذ ذاك أنه له، ويجب تقدير سلوكه على هذا الأساس. فيصعب، من ثمّ، اعتباره مخطئا حتى نقول بمسئوليته عن الهلاك أو التلف طبقا للقواعد العامة[3].

أما الحائز سيء النية فهو مسئول عن الهلاك أو التلف حتى ولو كان ذلك ناشئا عن قوة قاهرة، إلا إذا أثبت أن الشيء كان يهلك أو يتلف ولو كان في يد من يستحقه. شأن الحائز في ذلك شأن المدين بتسليم شيء إذا هلك محل الالتزام في يده بعد إعذاره بتسليمه (م/٢٨٧ـ١ ، ٢). «على أن الشيء المسروق إذا هلك أو ضاع بأية صورة كانت فإن تبعة ذلك تكون على السارق» (م/٢٨٧ـ٣)، فلا يستطيع هذا (أي الحائز) أن يتحلل من هذه التبعة ولو تبين أن الشيء كان يهلك أيضا لو بقي في يد من يستحقه.

---

(١) من هذا الرأي: السنهوري ص/٩٧٨ بند/٣٦١، محمود جمال الدين زكي بند/ ٣٠٠، ابراهيم الدسوقي أبو الليل ص/٢٢٣ بند/٢١٣.

(٢) من هذا الرأي: الصده ص/٧٢٤ بند/ ٤٥٠، البدراوي ص/ ٢٩٧ بند/٢٠٧، منصور مصطفى منصور ص/٤٥٦.

(٣) وفي هذا المعنى يقول البدراوي أن «من يحوز الشيء وهو يعتقد أنه مملوك له لا يكون مطالبا بالمحافظة عليه» الموضع السابق.

الفــرع الخــامس

أثر الحيازة في إكساب ملكية المنقول وفي إسقاط التكاليف والقيود العينية الواردة عليه

الدور المزدوج للحيازة في المنقولات (الأثر المكسب، والأثر المسقط)، تقسيم:

٢٨٦ ـ للحيازة في المنقول أثر مُكسب وآخر مُسقط. فهي من ناحية، تؤدي إلى إكساب الحائز، في الحال، الملكية أو الحق العيني الآخر، على المنقول الذي تلقاه، بحسن نية وسبب صحيح، من غير مالكه. كما أنها تؤدي ـ من ناحية أخرى ـ إلى إسقاط التكاليف والقيود العينية التي كانت على المنقول فلا يُحتج بها في مواجهة الحائز متى كان هذا، وقت بدء الحيازة، حسن النية وتلقى المنقول بموجب سبب صحيح على أنه خالٍ من هذه التكاليف أو القيود.

وهذا الأثر المزدوج عبرت عنه المادة/٩٣٧ حين نصت على أن:

«١ ـ من حاز بسبب صحيح منقولا أو سندا لحامله، ظاهرا عليه بمظهر المالك أو صاحب حق عيني آخر، وكان حسن النية وقت حيازته، أصبح صاحب الحق من وقت الحيازة.

٢ ـ فإذا كان السبب الصحيح وحسن النية قد توافرا لدى الحائز في اعتباره الشيء خاليا من التكاليف والقيود العينية كسب الحق خالصاً منها».

ولما كان المشرع، كما سنرى، اعتبر «الحيازة في ذاتها قرينة على وجود السبب الصحيح وحسن النية» (م/٩٣٨) لدى الحائز[1]، وكان الأثر الأهم للحيازة هو إكساب الحائز ملكية المنقول، فقد شاع التعبير: «الحيازة في المنقول سند الملكية». لكن أهمية هذا الدور لا يصح أن تنسينا ماقد تؤدي إليه حيازة المنقول من كسب حقوق عينية أخرى غير الملكية، وماقد يترتب عليها من أثر مسقط للتكاليف أو القيود العينية.

لذلك يكون من الأدق أن يُصاغ التعبير السابق، بالقول بأن: «الحيازة في المنقول

---

(١) مالم يقم الدليل على عكس ذلك (م/٩٣٨).

سند الحائز»[1][2] أي مسوّغه في كل ما يدّعيه مما يترتب على الحيازة من: أثر مكسب (للملكية أو حق عيني آخر) أو أثر مسقط. كما أنها دليله في إثبات حسن نيته ووجود السبب الصحيح لديه إلى أن يقوم خصمه بإثبات العكس.

ونعالج فيما يلي كلا من الأثر المكسب والأثر المسقط، للحيازة في المنقولات، في محور مستقل.

---

(1) En Fait de meubles la possession vaut titre.

(2) راجع في التطور التاريخي لهذه القاعدة: رينو الصفحات من ٤٨٩ ـ ٤٩٠ والمراجع العديدة المشار إليها في هوامشها، شاباس ص/ ٢٥٠ وما بعدها البنود من ١٥١٩ ـ ١٥٢٣، السنهوري الصفحات من ١١١٧ ـ ١١٢٠ بند/٤٤٦، الصده ص/٦٨٢، وما بعدها بند/ ٤١٠.

المحـــور الأول

الأثر المُكسب للحيازة في المنقولات

كسب الملكية أو الحق العيني الآخر على المنقول (قاعدة الحيازة في المنقول سند الملكية):

٢٨٧ ـ إن أخطر الآثار التي تترتب على الحيازة لذاتها، أي دون لزوم امتدادها في الزمن لمدة معينة، هو صلاحيتها، في مجال المنقولات، لأن تكون سببا لكسب الحائز ملكية المنقـول أو الحق العيني الآخر عليه من وقت الحيازة، رغم كونه تلقّاه من غير مالكـه، بحيث يستطيع الحائز أن يستند إلى مجرد الحيازة، لدفع دعوى الاستحقاق المرفوعة عليه من المالك الحقيقي للشيء، فتعصمه الحيازة على هذا النحو من استرداد الشيء منه. ولا يبقى أمام المالك الحقيقي، وقد فقد ملكيته أو حقه العيني على المنقول، إلا أن يرجع على من تعامل مع الحائز فيه على أنه مالكه أو صاحب الحق العيني عليه، بالتعويض طبقا للقواعد العامة. ويقال ـ تعبيرا عن هذا الأثر ـ أن القاعدة هي أن الحيازة في المنقول سند الملكية.

وتجد هذه القاعدة مبررها في ضرورة حماية من يتعامل في المنقول مع غير مالكه وهو حسن النية، لأن التعامل في المنقولات يتم في الحياة اليومية على نحو من السرعة بحيث لا يتحرّى ـ عادة ـ من يتعامل في هذه المنقولات، التحقق من سند ملكية المتصرف. ولو تطلّبنا من كل من يتعامل بشأن هذه المنقولات ـ خاصة وأنها في الغالب قد لا تكون لها قيمة العقارات ـ أن يُجري هذا التحقيق، لترتب على ذلك شل حركة التعامل[1].

لذلك لم يجد المشرع الكويتي مفرًّا من الأخذ بهذه القاعدة، ومن ثم قبول أثر الحيازة في إكساب ملكية المنقول، نزولاً على هذه الاعتبارات العملية التي لا يمكن تجاهلها، رغم اعترافه بأن فقه الشريعة الاسلامية لا يقرّ هذا الأثر. فجاء في المذكرة الإيضاحية تعليقا على المادة/٩٣٧ ما نصه: «وقد رؤى أن القواعد التي قال بها فقهاء الشريعة

---

(١) لمزيد من التفاصيل في مبرّر هذه القاعدة راجع: شاباس ص/٢٤٩ وما بعدها بند/١٥١٦، رينو ص/٤٩٣، ٤٩٤ بند/٣٩٢.

وخاصة المالكية، في شأن حيازة المنقول، لا تناسب متطلبات التعامل في مجتمعنا الحالي حيث تكثر المعاملات وتتم بسرعة لا تحتمل التوقف للحصول على الدليل الذي يمكن الاستناد إليه إذا ما ثارت المنازعة حول صاحب الحق على المنقول، فلو تطلبنا من كل من يتعامل في شأن المنقول، كمن يشتريه أو يرتهنه أن يتحقق أولا من أن المتصرف هو المالك لترتب على ذلك شل حركة التعامل. ولهذا أخذ (المشروع) بأحكام حيازة المنقول في القوانين الوضعية الحديثة».

شروط إعمال الأثر المكسب للحيازة في المنقول:

٢٨٨ ـ ويتضح من نص المادة/٩٣٧ سالف الذكر أن ما يُكسب الملكية أو الحق العيني الآخر على المنقول، هو: الحيازة، المقترنة بحسن النية والسبب الصحيح. فثلاثة شروط إذن يجب توافرها لإعمال الأثر المكسب للحيازة في المنقولات، نفصّلها على النحو التالي:

أولا: الحيــازة:

٢٨٩ ـ ويشترط فيها هنا:

١ ـ أن تكـون حيازة قانونية مستكملة لركنيها (أو عنصريها) المادي والمعنوي وأن تكـون خالية من العيوب[1]. صحيح أن الشرط الأخير ربما يُفقده حكمته وجود قواعد أخرى تستغرقه حتى ليمكن الاعتقاد بأنها تغني عنه: فالإكراه مثلا (كعيب في الحيازة) ينطوي ـ في مجال المنقولات ـ على سرقة المنقول وهذه لها حكمها الخاص، كما أنه يستبعد حسن النية لدى الحائز وهو شرط قائم بذاته لإعمال الأثر المكسب للحيازة. والخفاء يثير ـ بدوره ـ مسألتي سرقة المنقول وحسن نية الحائز. واللبس يثير البحث فيما إذا كانت الحيازة قانونية أم مجرد حيازة عرضية[2].

---

(١) وقد جاء في حكم للنقض تعبيرا عن هذا المعنى، وتفصيلا له أن: «الحيازة لا تعتبر سندا للملك في المنقول. . . إلا إذا كانت فعلية، بنية التملك، بريئة من شائبة الغموض واللبس. وهي لا تكون فعلية إلا إذا ترتب عليها وجود الشيء المحوز في مكنة الحائز وتحت تصرفه. ولا تكون بنية التملك إلا إذا كان الحائز أصيلا يحوز لنفسه لا لغيره. ولا تكون بريئة من اللبس والغموض إلا حيث تخلص ليد واحدة لا تخالطها يد سواها مخالطة تثير الشك في انفرادها بالتسلط على الشيء والتصرف فيه» في ١٩٤٧/١/٣٠ (خلف ١٠٢٥ ـ ٤٠٠).

(٢) راجع في معنى هذه الملاحظات: رينو ص/٤٩٥، ٤٩٦ بند/٣٩٣، شاباس ص/٢٥٦ بند/١٥٣١، وانظر أيضا: civ. 2/2/1965 Bull T. 1 No. 92.

لكن ليس ما يمنع، في الحقيقة، من أن «مسألة معينة تتكفل بها أكثر من قاعدة[1] ولذلك فإن «وجود قواعد أخرى تتكفل بالأمور التي تنطوي عليها عيوب الحيازة، ليس من شأنه أن ينفي وجوب توافر الشروط التي يتطلبها القانون في الحيازة. فالحيازة المنتجة لآثارها في هذا الصدد هي الحيازة القانونية البريئة من العيوب[2].

٢ ـ أن تكون حيازة فعلية[3] وهي التي تتحقق بتسلم المنقول ماديا فلا يكفي لترتيب الأثر المكسب للحيازة مجرد الحيازة الحكمية. فمن يشتري ـ مثلا ـ منقولا من غير مالكه وهو حسن النية، ولا يتسلمه من البائع وإنما يتركه تحت يده على سبيل الإيجار أو الوديعة، لا يستطيع أن يتمسك في مواجهة المالك الحقيقي بالأثر المكسب للحيازة[4].

كما لا يكفي لترتيب الأثر المكسب مجرد الحيازة الرمزية كما لو تسلم الحائز مفتاح الخزانة التي يوجد بها المنقول[5]. وعلى هذا التشدد في مفهوم الحيازة المؤدية لإعمال الأثر المكسب، الغالبية العظمى من الشراح[6]. ويبرره خطورة النتائج التي تترتب عليه، حيث يكسب الحائز الملكية (أو الحق العيني الآخر) في الحال ويضحّي بمصلحة المالك الحقيقي[7].

لكن البعض[8] يستثنى من عدم كفاية الحيازة الرمزية في هذا الصدد، ما نص عليه المشرع، على الأخص، من أن «تسليم السندات المعطاة عن البضائع المعهود بها إلى أمين النقل أو المودعة في المخازن، يقوم مقام تسليم البضائع ذاتها»[9] فيرون ـ إعمالا

---

(١) (٢) الصده ص/٦٩٣ بند/٤١٧.

(٣) أنظر في هذا الشرط، وفي مفهومه، حكم نقض ١٩٤٧/١/٣٠ سابق الإشارة إليه.

(٤) لكن التسليم باليد القصيرة (أنظر في معناه سابقا بند/٢٦٣) يعتبر هنا ناقلا للحيازة الفعلية فيصح التمسك به لإعمال الأثر المكسب للحيازة. كما لو اشترى المستأجر المنقول المؤجر من غير مالكه.

(٥) أنظر حكم نقض ١٩٤٧/١/٣٠ سابق الإشارة إليه، حيث لا يرى في حيازة مفتاح الخزانة دليلا قاطعا بذاته على حيازة ما هو في الخزانة، وإنما يتوقف الأمر عن الظروف الواقعية لكل حالة. وقارن ـ السنهوري ص/١١٣٤ بند/٤٤٣ حيث يرى أن تسلم الحائز مفتاح الصندوق بحيث يستطيع الاستيلاء على ما أودع فيه من منقول في أي وقت شاء يعتبر حيازة حقيقية لهذا المنقول.

(٦) من هذا الرأي السنهوري ص/١١٣٣ بند/٤٤٣، الصده ص/٦٩٢ وما بعدها بند/٤١٧، محمود جمال الدين زكي بند/٣١١، محمد علي عرفه بند/١١٥، شفيق شحاته بند/٣١٥، عبد الفتاح عبد الباقي بند/٣٣٤، البدراوي ص/٥٤٦ بند/٣٩١، ومن الفقه الفرنسي: شاباس ص/٢٥٦ بند/١٥٢٩.

(٧) الصده ص/٦٩٣ بند/٤١٧.

(٨) من هذا الرأي: منصور مصطفى منصور ص/٤٤١ بند/١٨٥، حسن كيره مشار إليه في السنهوري ص/١١٣٤ هامش/١.

(٩) مادة/٩٢٠ـ٢ مدني كويتي، ويقابلها في القانون المصري مادة /٩٥٤ـ١.

لهذا النص ـ أن حيازة هذه السندات وحدها تخول للحائز ـ وقبل أن يتسلم البضاعة ـ أن يتمسك في مواجهة مالكها الحقيقي بأنه قد تملكها على أساس الحيازة، وإلاّ لتعطل تطبيق النص[1]. فيما يرى البعض الآخر ـ على العكس ـ في الاستدراك الذي أورده المشرع على ذات النص ومضمـونه أنه إذا تسلم شخص هذه السندات وتسلم آخر البضـاعـة ذاتهـا وكـان كلاهما حسن النية فإن الأفضلية تكون لمن تسلم البضاعة، دليله على أن إعمال الأثر المكسب للحيازة في المنقول رهن ـ في ذهن المشرع ـ بالحيازة الفعلية، ولا يكفي فيه مجرد الحيازة الرمزية[2].

٣ ـ أن يكـون المحـل الـذي ترد عليه هذه الحيازة، منقولا، قابلا للسيطرة عليه والتعامل فيه.[3]

والمنقـولات القابلة للحيازة، بقابليتها للسيطرة عليها ـ هي الأشياء المادية، دون الأشياء المعنـوية، كالمصنفات الفكرية والمخترعات والمجموعات القانونية[4]. على أن يلاحظ ـ كما سبق أن بينّا في مواضع سابقة ـ أن الحقوق الثابتة في سند لحامله، تندمج في نفس الصك، فتكون حيازة هذا الأخير حيازة للحق نفسه ومن ثم يعامل هذا السند معاملة المنقول المادي، ويخضع لقاعدة الأثر المكسب للحيازة[5].

ولما كانت الأموال العامة لا تقبل ـ من حيث الأصل ـ التعامل فيها، فإنه يشترط لإعـمال القاعدة السابقة، ألا تكون الحيازة قد وردت على منقول يدخل ضمن هذه الأموال، كالآثار[6].

غير أنه يستثنى من المنقولات القابلة للحيازة وللتعامل فيها فلا تسرى عليه قاعدة الحيازة في المنقول سند الحائز، أو الأثر المكسب للحيازة:

أ ـ المنقـولات التي نظّم لها المشرع طريقـة لقيد ملكيتهـا، كالـطائـرات والسفن

---

(١) أنظر منصور مصطفى منصور، ص/٤٤١ بند/١٨٥. حسن كيره مشار اليه في السنهوري ص/١١٣٤ هامش/١.

(٢) انظر البدراوي ص/٥٤٦ بند/٣٩١.

(٣) لمزيد من التفاصيل في هذا الشأن راجع رينو ص/٥٠٨ـ٥١٠ البنود من ٤٠٣ـ٤٠٥.

(٤) انظر ـ في خصوص المحلات التجارية. civ. 2/3/1960 Bull T. 1 No, 141
وفي خصوص المنقولات والبضائع التي تشكل جزءا من المحل. com 19/1/1960 Bull T. 3 No. 30

(٥) انظر شاباس ص/٢٥٤ بند/١٥٢٧.

(٦) راجع في ذلك، وفي خطورته على الحائز من حيث لا توجد أية علامة تبين أن الشيء مخصص للمنفعة العامة، شاباس ص/٢٥٥ بند/١٥٢٧.

البحرية[1]؛ فشهر ملكية هذه المنقولات بقيدها، يُفقد قاعدة الحيازة في المنقول ما يبررها[2]. فضلا عن أن التعامل في هذا النوع من المنقولات، لأهميتها، لا يتم عادة بالسرعة التي يتم بها التعامل في المنقولات العادية.

وبالمقابلة، يرى بعض الشراح الفرنسيين أنه لا يعطّل إعمال الأثر المكسب للحيازة، التسجيل الاداري L, immatriculation Administrative للسيارة لدى إدارت المرور، لأن هذا التسجيل ليس يعدو أن يكون شكلا من أشكال الضبط (Police) لاحقا على انتقال الملكية[3]. لكننا نعتقد ـ بصرف النظر عن تكييف هذا الإجراء ـ أنه سوف يعطّل إعمال قاعدة الأثر المكسب للحيازة من وجه آخر. فمن يتلقى سيارة من غير مالكها المقيدة باسمه في دفاتر المرور يكون في حكم الحائز سيء النية حتى ولو كان يعتقد أنه تلقاها من مالكها، لأن عدم علمه بأن المتعامل معه فيها ليس هو المالك إنما يرجع إلى إهمال جسيم من جانبه.

ب ـ العقارات بالتخصيص[4] لأنها، وإن كانت منقولات بطبيعتها تأخذ حكم العقار. وبوجه عام المنقولات التي يتلقاها الحائز باعتبارها تابعة لعقار، متى كان المتصرف غير مالك للعقار الذي نقله ـ بما يتبعه من المنقولات ـ إلى الحائز. ومثالها أثاث المنزل، فلو أن شخصا مثلا، باع منزلا بما فيه من أثاث، لحائز حسن النية ورجع المالك الحقيقي على الحائز، فلن يكون لهذا الأخير أن يتوسّل ـ في سبيل دفع الرجوع عليه في خصوص المنقولات ـ بأنه قد كسبها بمقتضى ما للحيازة من أثر مكسب، أو بعبارة أخرى بمقتضى قاعدة الحيازة في المنقول سند الملكية. إنما يفترض استبعاد إعمال هذه القاعدة أن يكون المتصرف غير مالك للعقار الذي تلقى الحائز المنقولات باعتبارها تابعة له. ولذلك فإنه إذا ما تصرف شخص مثلا في عقار يملكه بما يتبعه من منقولات لا يملكها إلى حائز حسن النية، فإن هذا الأخير يكسب ملكية العقار بموجب العقد، ويكون له إذا رجع عليه المالك الحقيقي للمنقولات، أن يدفع هذا الرجوع بتملّكه لها عن أساس من قاعدة الحيازة في المنقول سند الملكية.

---

(١) بل وطبقه على مراكب النزهة (Bateaux de plaisance) حكم: Com. 20/11/1951 Bull civ T. 1 No. 340

كما طبقه البعض على اليخوت، من أنصار هذا الاتجاه LE BRUN مشار إليه في شاباس بند/١٥٢٧ هامش/٦.

(٢) في هذا المعنى: شاباس بند/١٥٢٧.

(٣) انظر شاباس ص/٢٥٥ بند/١٥٢٧ هامش/٥.

(٤) انظر شاباس بند/١٥٢٧ هامش/١.

ثانيا: حسن النية La bonne foi

٢٩١ - وفضلا عن الحيازة، يشترط من ناحية أخرى أن يكون حائز المنقول حسن النية. ويقصد بحسن النية هنا أن يجهل الحائز أن حيازته اعتداء على حق للغير، أي يعتقد اعتقادا جازماً لا يشوبه أدنى شك بأنه تلقى الحق من المالك، شريطة ألا يكون مرجع هذا الاعتقاد إلى خطأ جسيم من جانبه، كأن يشتري شخص، من آخر، أدوات مائدة منقوشا عليها علامة واسم الجهة المحددة التي تملكها، كشيراتون الكويت أو الخطوط الجوية الكويتية... الخ. أو يشتري شخص سيارة من غير مالكها الموضح برخصة تسييرها. بل إن شروط التصرف الصادر إلى الحائز قد تكون ناطقة في بعض الأحيان في معنى أن المتصرف غير مالك فتستبعد من ثم حسن النية لدى الحائز لأنه يكون عندئذ مخطئا خطأً جسيما في اعتقاده بأنه يتلقى المنقول من مالكه. مثال ذلك البيع الصادر للحائز بثمن بخس جدا والمتضمن شرطا بعدم الضمان. فالمالك الحقيقي لا يبيع الشيء عادة إلا بما يساويه ولا يجد ضرورة لإعفاء نفسه من ضمان الاستحقاق في مواجهة المشتري.

كذلك ينفي عن الحائز الاعتقاد الجازم بأن المتصرف (الذي تلقى الحق منه) مالك، علمه بأن سند ملكية هذا المتصرف مهدد بالإبطال، أو مشوب ببطلان مطلق أو عرضة للفسخ.

وإعمالا للمادة/ ٩١٥-٢ يُعد الحائز سيء النية إذا كان اغتصب الحيازة بالإكراه من غيره.

وحسن النية مطلوب هنا وقت بدء الحيازة[1] ولا يكفي أن يكون الحائز حسن النية وقت تلقّي الحق (أو وقت صدور السبب الصحيح) فإذا تراخي بدء الحيازة عن وقت تلقّي الحق بموجب السبب الصحيح (أو عن وقت التصرف)، وكان الحائز قد علم بين هذين الوقتين أن المتصرف غير مالك، فلا يجوز له - وقد بدأ الحيازة بسوء نية - أن يتمسك بأثرها المكسب. أما على العكس، إذا كان قد بدأ الحيازة بحسن نية فلا يؤثر على ملكيته للمنقول ما يطرأ على نيته من سوء بعد ذلك[2].

---

(١) أو كما يقول رينو ص/٤٨٧ بند/ ٣٩٤ «Au moment de l'entrée en possession»

وانظر من تطبيقات القضاء الفرنسي لهذا الشرط:

com 7/1/1953 Bull To. 3 No. 10, civ 23/10/1956 Bull T. 1 No. 369, *civ 16/6/1971 D 1971* - 566 et note AB

(٢) أما الدائرة الجنائية لمحكمة النقض الفرنسية فقد ظلت لفترة طويلة لا تأخذ بهذا الحل، وقضت بإدانة الحائز =

هذا وحسن النية ـ كما هو المبدأ ـ يفترض أيضا في هذا الموضع حتى يقوم الدليل على العكس[1] (م/٩١٤). وقد حرص المشرع على أن يطبق هذا المبدأ تطبيقا خاصا في تملك المنقول بالحيازة فنصت المادة/٩٣٨ على أن «الحيازة في ذاتها قرينة على وجود السبب الصحيح وحسن النية ما لم يقم الدليل على عكس ذلك».

ثالثا: السبب الصحيح[2] Le Juste titre

معنـــاه:

٢٩٢ ـ وفضلا عن حسن نية الحائز، يجب لإعمال الأثر المكسب للحيازة في المنقول، أي لإعمال قاعدة الحيازة في المنقول سند الملكية، أن يكون الحائز حاز المنقول بسبب صحيح (م/٩٣٧).

٢٩٣ ـ والسبب الصحيح[3] مصطلح له دلالة خاصة. فهو تصرف قانوني من شأنه نقل الملكية أو الحق العيني ولكنه صدر من غير المالك أو صاحب الحق. وتحديد معناه على هذا النحو يكشف عن أنه تعبير ـ إلى حدٍّ ما ـ مضلل[4][5]. فوصفه بالصحة غير مطابق لواقعه لأنه ليس صادرا من مالك. لكن القانون يجعل له مع ذلك أثرا هاما إذ يجعل من استناد الحيازة إليه كافيا لإكساب الحائز حسن النية ملكية المنقول مع أنه يتلقاه من غير مالكه، فيعصمه السبب الصحيح على هذا النحو من رجوع المالك

= بعقوبة الاخفاء (recel) حتى ولو كان وقت بدء حيازته للشيء حسن النية يعتقد أنه تلقاه من مالكه متى كان علم بعد ذلك أن مالكه شخص آخر. انظر:

crim. 7/7/1944 J. C. P. 1947-2-3410 et note L. M et RA, crim 17/7/1963 J.C.P. 1963-4-123, crim 15/6/1973 Bull. crim. 1973-270.

لكنها عدلت بعد ذلك عن هذا الاتجاه، منذ حكمها الصادر في ١٩٧٧/١١/٢٤ انظر:

crim 24/11/1977 D 1978-42 et note KEHRIG

(١) انظر من تطبيقات القضاء في هذا المعنى: نقض مصري ١٩٥٤/٢/٤ خلف (١٠٢٧-٤٠١) نقض مصري ١٩٥٣/١١/٢٦ (خلف ١٠٢٨-٤٠١)، ومن تطبيقات القضاء الفرنسي.

civ. 13/10/1956 Bull T. 1 No. 296, com 21/1/1959 bull T. 3. No 36; civ 2/2/1965 D 1965-371, R. T 1965-676 et obs BREDIN.

(٢) راجع ـ على الأخص ـ في هذا الموضوع:

FOURNIER (J): Le juste titre en droit français moderne Thèse caen 1942.

(٣) ويعبر عنه المشرع الفرنسي في المادة/٢٢٦٥ بـ السند الصحيح.

(٤) ويصفه شاباس بأنه تعبير غير موفق، يحمل على الخلط ص/٢٣٣ بند/١٥٠١.

(٥) وتضليله يكون أكبر في الترجمة الفرنسية لهذا المصطلح. فلفظة titre توحي بمعنى السند، أي المحرر، حين أن الأمر هنا يتعلق بتصرف قانوني. انظر في هذا المعنى، شاباس، الموضع السابق.

عليه بدعوى الاستحقاق. وقد جعل له القانون هذا الأثر لأن الحائز لم يستول على المنقول غصبا، وإنما تلقاه من متصرف. صحيح أن المتصرف، لكونه غير مالك، كان يتصرف بطريقة غير قانونية، لكن الحائز كان يجهل ذلك.

وهكذا فالسبب الصحيح صحيح ليس لأنه بريء من أيه شائبة، فهو مشوب بعدم ملكية المتصرف، وإنما هو صحيح من حيث يصلح لتغطية العيب الناجم من عدم ملكية المتصرف، ويبرر موقف الحائز ويسوّغ كسبه الملكية.

شــــروطه:

٢٩٤ ـ من التعريف السابق للسبب الصحيح، يتبين أنه يجب أن يتوافر فيه الشروط التالية:

٣ ـ أن يكون تصرفا قانونيا صدر إلى الحائز[1] باعتباره خلفا خاصا:

يستوى فيه أن يكون عقدا كبيع أو مقايضة أو هبة، أو عملا قانونيا من جانب واحد، طالما أنه يجعل من صدر له (أي الحائز) خلفا خاصا (كالوصية بمال معين، دون الوصية بحصة من التركة). كما يستوى أيضا أن يكون معاوضة أو تبرعا. ومتى كان ذلك، فإن الميراث كواقعة مادية لا يصلح سببا صحيحا[2].

ويأخذ حكم التصرفات القانونية في هذا الخصوص، الأحكام القضائية الناقلة للملكية، كالحكم برسو المزاد في البيع الجبري والحكم بالشفعة (فيما لو تبين أن البائع لم يكن مالكا للحصة الشائعة التي تصرف فيها).

٢ ـ أن يكون صادرا من غير مالك:

وهذا شرط بدهي، إذ لو كان التصرف صادرا من مالك لأغنى المتصرف إليه عن التمسك بالحيازة. كما أنه يتسق مع الهدف من هذا السبب من أسباب كسب الملكية وهو حماية المتصرف إليه (الحائز) حسن النية من عدم ملكية المتصرف. ولذلك فمتى

---

(١) انظر نقض ١٩٦٦/٥/٥ (خلف ١٠٤٥ ـ ٤٠٨) وفيه قضت بأن التصرف الذي لا يصدر للحائز أصالة وإنما باعتباره إسما مستعارا لآخر، لا يعتبر سببا صحيحا.

(٢) في هذا المعنى: شاباس ص/٢٣٤ بند/١٥٠١.

كان هذا الأخير غير مالك فإنه لا أهمية بعد ذلك لوضعه على المنقول الذي يتصرف فيه[1] حيث يستوى أن يكون حائزا عرضيا أو أن يكون مالكا فعلا له ثم زالت ملكيته بأثر رجعي لبطلان أو فسخ. كل ما في الأمر أنه يتعين ألا يكون الحائز عالما بعيوب سند المتصرف، وإلا كان سيء النية.

ويختلف الشراح حول مدى اعتبار تصرف الشريك في جزء مفرز من المال (المنقول) الشائع سببا صحيحا. فيتجه البعض إلى إنكار ذلك تأسيسا على أن الشريك يعتبر مالكا[2]. فيما يعلق البعض الآخر إمكان اعتباره كذلك على نتيجة القسمة ووقوع المبيع في نصيب شريك آخر غير المتصرف[3]. أما الرأي الراجح[4] وهو ما استقر عليه قضاء محكمة النقض[5] فيتجه إلى اعتبار هذا التصرف سببا صحيحا، بحسبان حق الشريك في الشيوع ـ عند بعض أنصار هذا الرأي ـ حقا متميزا عن حق الملكية المفرزة.

٣ ـ أن يكون من التصرفات الناقلة للملكية (أو الحق العيني) بطبيعتها:

كالبيع أو الهبة، أو المقايضة[6]. الخ أو مما يأخذ حكم هذه التصرفات من الأحكام القضائية الناقلة Translatif كالحكم برسو المزاد في البيع الجبري والحكم بالشفعة.

وبناء عليه لا تصلح التصرفات الكاشفة[7] déclaratif كالصلح، سببا صحيحا. فلو أن هناك منقولا متنازعا عليه بين شخصين وتم الصلح بينهما على أنه ملك لأحدهما، فلا يجوز لهذا أن يستند إلى الصلح باعتباره سببا صحيحا لتملك المنقول في مواجهة المالك

---

(١) شرط ألا يكون المتصرف وضع يده على منقول مسروق أو ضائع لأن قاعدة الحيازة في المنقول تتعطل وقتيا في هاتين الحالتين لإتاحة الفرصة للمالك الذي سُرق منقوله أو فقد منه أن يسترده ولو من تحت يد الحائز حسن النية، كما سنرى فيما بعد. أنظر لاحقا بند/ ٢٩٩ وما بعده.

(٢) انظر الفقه المشار اليه في الصده هامش ص/ ١٨١.

(٣) من هذا الرأي: محمد كامل مرسي بند/ ٦١، والأحكام القضائية المشار إليها في محمود جمال الدين زكي بند/ ٨٦ هامش/ ٤.

(٤) من هذا الرأي: الصده ص/ ٦٥٣ بند/ ٣٨٨، ص/ ١٧٩ بند/ ١٢٤، البدراوي ص/ ٥٢٨ بند/ ٣٨٢، وضمنا محمود جمال الدين زكي ص/ ١٤٣ بند/ ٨٦.

(٥) انظر نقض ١٦/ ٦/ ١٩٣٢ (مجموعة عمر ج/ ١ رقم/ ٥٨ ص/ ١٣١) نقض ٢٣/ ٤/ ١٩٤٢ (مجموعة عمر ج/ ٣ رقم/ ١٥٢ ص/ ٤٢٣)، نقض ١٦/ ١٠/ ١٩٥٨ (مجموعة أحكام النقض السنة/ ٩ رقم/ ٨٢، ص/ ٦٦٥.

(٦) انظر من تطبيقات القضاء الفرنسي في خصوص المقايضة civ 4/7/1973 Bull To. 3 P. 340

(٧) انظر رينو ص/ ٢٥٧ بند/ ٢٠٠.

الحقيقي[1]. إنما إذا التزم أحد المتصالحين بأن يقدمّ منقولا (غير المتنازع عليه) كبدل للصلح، فلا يكون الصلح كاشفا بالنسبة إلى هذا البدل، بل يكون ناقلا له، فيصلح في خصوصه لأن يكون سببا صحيحا[2].

كما لا تصلح سببا صحيحا، الأحكام القضائية المقررة للملكية أو الحق العيني. ففي دعوى الاستحقاق على سبيل المثال، إذا صدر الحكم لصالح أحد المتنازعين، ثم تبين أن المنقول مملوك لشخص ثالث، فلا يجوز لمن صدر لصالحه أن يتمسك به كسبب صحيح في مواجهة المالك الحقيقي.

جـ - أن يكون تصرفاً حقيقياً، موجوداً وصحيحا:

باختصار أن تكون شائبته الوحيدة كونه يصدر من *غير مالك المنقول*. وعلى ذلك:

لا يصلح سبباً صحيحاً التصرف غير الموجود في الحقيقة إما لصوريته المطلقة أو لكونه مجرد تصرف ظني[3] (كوصية عدل عنها الموصى دون علم الموصى له)، ولا التصرف الباطل بطلانا مطلقا[4].

كما لا يصلح سببا صحيحا، التصرف غير الناقل في الحقيقة، وإن تستّر بالصورية وراء مظهر عقد ناقل، حين يكون للمالك الحقيقي باعتباره غيرا، أن يثبت هذه الصورية بجميع الطرق.

كذلك لا يعتبر سببا صحيحا التصرف المعلق على شرط واقف قبل تحقق الشرط[5]

---

(١) انظر civ 11/6/1965 Bull To 1 No 375

(٢) انظر الصده ص/٦٤٨ بند/٣٨٦.

(٣) فالسبب الصحيح «شرط مستقل عن حسن النية وليس مجرد عنصر فيها، لذلك يجب أن يكون له وجود فعلي، ولا يكفي اعتقاد الحائز في وجوده»، محمود جمال الدين زكي ص/٥٤٢ بند/٢٩٥. ويأخذ الفقه الفرنسي بنفس الرأي في خصوص التقادم القصير المدة (وهو نظام لا يعرفه *القانون الكويتي*). *أما في* خصوص قاعدة الحيازة في المنقول سند الملكية، وحيث لم ينص المشرع هناك على السبب الصحيح كشرط مستقل عن حسن النية، لإمكان كسب المنقول بالحيازة، يرى الفقه الفرنسي في السبب الصحيح هنا مجرد عنصر في حسن النية، ومن ثم يجعلون من التصرف الظني، أي الذي اعتقد الحائز في وجوده وهو غير موجود في الحقيقة، سببا صحيحا، يمكن الاستناد إليه لإعمال قاعدة الحيازة في المنقول. انظر: شاباس ص/٢٥٩ بند/١٥٣٦،

civ 24/11/1970 D 1970 – somm – 54, civ 16/6/1971 D 1971 – 566.

(٤) حين يكون للمالك الحقيقي هنا أن يتمسك بهذا البطلان، لأن هذا النوع من البطلان يمكن لكل ذي مصلحة أن يتمسك به.

(٥) انظر شاباس ص/٢٣٨ بند/١٥٠٦.

لأنه غير ناقل للملكية. فإذا تحقق الشرط أمكن اعتباره من هذا الوقت سببا صحيحا، لأنه *ليس من شأن الأثر* الرجعي للشرط أن يغيّر من حقيقة أن حيازة الحائز ـ قبل تحقق الشرط ـ كانت حيازه عرضية لحساب المتصرف[1].

أما التصرفات الموجودة والحقيقية فإنها تعتبر سببا صحيحاً ولو كانت مهددة بالزوال في المستقبل. وعلى ذلك يصلح سببا صحيحاً *العقد القابل للإبطال طالما* لم يحكم بإبطاله[2]، فيجوز للحائز الاستناد إليه في كسب ملكية المنقول بالحيازة في مواجهة المالك الحقيقي. ولا يستطيع هذا أن يتمسك بالإبطال، فهذا الجزاء لا يتمسك به إلا من تقرر لمصلحته من طرفي العقد.

كما يصلح سببا صحيحا، التصرف الذي صدر للحائز معلقا على شرط فاسخ، طالما لم يتحقق الشرط إذ من شأن هذا التصرف أن ينقل الملكية في الحال لو كان صادرا من مالك. أما إذا تحقق الشرط زال التصرف، وانعدم من ثمّ السبب الصحيح.

أمثلـــة:

٢٩٥ ـ ومن الأمثلة العملية للسبب الصحيح، ومن ثمّ للحالات التي يمكن فيها للمتصرف إليه كسب ملكية المنقول، كحائز، بمقتضى قاعدة الحيازة في المنقول سند الملكية: أن يترك المالك منقوله تحت يد شخص على سبيل الوديعة أو العارية أو الإجارة، فيتصرف فيه لحائز حسن النية يعتقد أنه يتلقاه من مالكه. أو يبيع شخص منقولا لآخر، وقبل أن يسلمه له يعيد بيعه إلى مشترٍ ثان *حسن النية يجهل البيع الأول*. أو يتصرف من يملك منقولا بمقتضى سند قابل للإبطال أو الفسخ، في هذا المنقول، إلى حائز حسن النية يجهل عيب سند المتصرف، ثم يتقرر بطلان هذا السند أو فسخه. ففي كل هذه الفروض، يعتبر الحائز قد تلقى المنقول بموجب سبب صحيح، ومن ثم لا يجوز للمالك الحقيقي أن يسترده منه.

---

(١) أو ـ وفقا لتعبير البعض ـ لأنه ولا يعتد بالأثر الرجعي في مواجهة المالك الحقيقي، محمود جمال الدين زكي بند/٢٩٥: وانظر أيضا: شاباس بند/١٥٠٦، الصده ص/٦٥٤ بند/٣٩٠.

(٢) انظر نقض ١٩٣٢/٦/١٦ (مجموعة عمر ج١ رقم/٥٨ ص/١٣١)، civ 3/11/1977 D 1978 – I. R-232

وراجع، في تبرير ذلك: شاباس ص/٢٣٦ بند/١٥٠٣.

افتراض وجود السبب الصحيح :

٢٩٦ ـ هذا ويُفترض في حائز المنقول أن حيازته تستند إلى سبب صحيح[1] فهو معفي، من ثم، من إثباته. وفي هذا تقول المادة/٩٣٨ أن الحيازة في ذاتها قرينة على وجود السبب الصحيح وحسن النية مالم يقم الدليل على عكس ذلك.

وإعفاء الحائز من إثبات وجود السبب الصحيح أمر مفهوم، ويتسق مع الهدف الذي يقف وراء تقرير الأثر المكسب الفوري للحيازة في المنقول، وهو حماية الحائز حسن النية الـذي يتعامل في المنقول مع غير مالكه، إذ الغالب إلاّ يحتاط الحائز ـ في سياق عدم اهتمامه بالتأكد من ملكية المتصرف ـ بإعداد دليل لإثبات التصرف (السبب الصحيح).

* * * *

نطاق الحقوق التي يمكن كسبها بمقتضى قاعدة الحيازة :

٢٩٧ ـ فإذا توافرت الشروط السابقة، فلا يهم ما إذا كان الحق الذي يظهر به الحائز على المنقول هو حق ملكية، أو أي حق عيني آخر. فالحيازة في المنقول تُكسب الملكية والحق العيني الـذي يقتضى بطبيعتـه أن يحوز صاحبه المنقول الذي يرد عليه (كحق الانتفاع وحق الاستعمال والرهن الحيازي).

أما بالنسبة لحقوق الامتياز، التي تقوم ـ كما يقال عادة ـ على فكرة الرهن الضمني[2] (كامتياز مؤجر العقار على المنقولات غير المملوكة التي يضعها المستأجر في العين المؤجرة، وامتياز صاحب الفندق على ما يحضره معه النزيل من أمتعة) ففي الأمر خلاف بشأنها:

فيرى البعض أن أساس الامتياز في هذه الحالة هو قاعدة الحيازة في المنقول سند الحائز[3]، حين يرى البعض الأخر[4] أن المصدر المباشر لحق الامتياز بوجه عام هو نص القانون، وأنه إذا كان المشرع قد قرر للمؤجر أو صاحب الفندق امتيازا على المنقولات والأمتعة غير المملوكة للمستأجر أو النزيل بشروط خاصة، فليست هذه الشروط هي

---

(١) انـظر من تطبيقـات القضـاء في هذا المعنى: نقض ١٩٥٣/١١/٢٦ (خلف ١٠٢٨ـ٤٠١)، نقض ١٩٥٤/٢/٤ (خلف ١٠٢٧ ـ ٤٠١).

(٢) انظر محمود جمال الدين زكي بند/٣١٠.

(٣) من هذا الـرأي: السنهوري ص/١١٣٢، ١١٣٣ بند/٤٤٢، الصده ص/٦٩٠/٦٩١ بند/٤١٥، اسماعيل غانم ص/١٣٧، محمود جمال الدين زكي بند/٣١٠.

(٤) منصور مصطفى منصور بند/١٨٥.

شروط قاعدة الحيازة في المنقول: لأن هذه الحيازة أولا، ليست للمؤجر ولا لصاحب الفندق وإنما للمستأجر أو النزيل، كما أنها - من ناحية أخرى - تفتقر إلى السبب الصحيح، وهو شرط لازم لإعمال قاعدة الحيازة في المنقول.

عدم جواز التمسك بقاعدة الحيازة ضد المتصرف نفسه:

٢٩٨ - تهدف قاعدة الحيازة في المنقول سند الملكية إلى مجرد تغطية العيب الناجم عن عدم ملكية المتصرف عندما يواجّه الحائز بدعوى الاستحقاق من مالك المنقول. فليس من شأنها أن تزيل العيوب الأخرى التي يمكن أن تلحق التصرف الصادر إلى الحائز. وعليه فإن القاعدة لا تحول دون بقاء الدعاوى الشخصية التي تكون للمتصرف نفسه(١) ضد الحائز والمستمدة من نفس التصرف الذي تلقى الحائز المنقول بموجبه. فلا يستطيع الحائز - مثلا - أن يتمسك بقاعدة الحيازة ليدفع بها دعوى المتصرف بطلان التصرف الذي حاز هو المنقول بمقتضاه، أو بقابليته للابطال أو بفسخه(٢).

باختصار، تظل العلاقة بين الحائز والمتصرف يحكمها العقد المبرم بينهما ولا تطالها قاعدة الحيازة في المنقول(٣).

التعطيل الوقتي للأثر المُكسب (استرداد المنقولات المسروقة أو الضائعة)(٤)

٢٩٩ - إذا سرق المنقول من مالكه، أو ضاع منه، فترتب على ذلك أن تصرف فيه من وضع يده عليه، إلى حائز حسن النية، فإن اعتبارات العدالة - والفرض أن خروج المنقول من حيازة المالك لم يكن بإرادته - تقتضي تفضيل حق هذا المالك في الاسترداد، على حق الحائز حسن النية في كسب المنقول. خاصة اذا كفلنا لهذا الأخير حقه في الرجوع بما دفع من ثمن في هذا المنقول.

وهذا الحل هو ما قرره المشرع في المادة/ ٩٣٩ كاستثناء على قاعدة الحيازة في المنقول سند الحائز - حين قضت هذه المادة بأنه:

١ - «يجوز لمالك المنقول أو السند لحامله أو لصاحب الحق العيني عليه إذا فقده أو سرق منه أن يسترده ممن يكون حائزا له بسبب صحيح وحسن نية، وذلك خلال ثلاث

---

(١) أو لدائنيه يستعملونها بالنيابة عنه بطريق الدعوى غير المباشرة طبقا للقواعد العامة.

(٢) (٣) في هذا المعنى: الصده بند/ ٤٢٤، محمود جمال الدين بند/ ٣١٠.

(٤) راجع في تفاصيل تنظيم هذا الاستثناء في القانون الفرنسي: شاباس الصفحات من ٢٦٩ - ٢٧٨ البنود ١٥٤٦ - ١٥٦٤، رينو الصفحات من ٤٩٧ - ٥٠١ البنود من ٣٩٥ - ٣٩٧.

سنوات من وقت الفقد أو السرقة».

٢ - «فإذا كان الحائز قد اشترى الشيء في سوق أو مزاد علني أو ممن يتّجر في مثله، فله أن يطلب ممن يسترده أن يعجّل له الثمن الذي دفعه».

وهكذا يتعطل إعمال هذه القاعدة تعطيلا وقتيا، خلال المدة التي يجوز فيها للمالك رفع دعوى الاسترداد، فإذا رفعت هذه الأخيرة في ميعادها، كان معنى ذلك أن الملكية لازالت على أصلها ملكا لصاحب المنقول، ولم يكسبها الحائز أبدا، أما إذا انقضت هذه المدة، تم إعمال حكم هذه القاعدة.

٣٠٠ - على أنه يشترط لهذا الاسترداد، توافر الشروط التالية:

١ - أن يكون المنقول قد خرج من تحت يد مالكه بسبب السرقة أو الفقد (غير المقصود). ويقصد بالسرقة هنا معناها المحدد في قانون العقوبات[١] ولا يقاس عليها غيرها من جرائم الأموال، كالنصب أو خيانة الأمانة، خاصة وأن المالك في الصورة الأخيرة يكون - بإيداعه المنقول لدي من ائتمنه عليه - قد أسهم في إيجاد المظهر المادي الذي خدع الحاز حسن النية. غير أنه لا يهم - من ناحية أخرى - ما إذا كان القانون يعفي السارق من العقاب في بعض الحالات[٢] أو يجعل العقاب متوقفاً على طلب المجني عليه، كما لا يهم ما إذا كان الفقد بدون إهمال أو بإهمال مادام (أي هذا الفقد) غير مقصود، ولا ما إذا كان الحائز قد تلقى المنقول من نفس سارقه أو ممن عثر عليه، أو تلقاه من شخص آخر كان قد سبق أن تلقاه بدوره من السارق أو ممن عثر على المنقول المفقود.

٢ - أن يرفع المالك دعوى الاسترداد خلال ثلاث سنوات، تحسب من يوم السرقة أو الفقد، دون نظر إلى الوقت الذي بدأت فيه حيازة الحائز حسن النية. وهذه المدة هي مدة سقوط[٣] لا تقبل الوقف ولا الانقطاع. ومبرر تحديد هذه المدة القصيرة واضح وهو

---

(١) في هذا المعنى: رينو ص/٤٩٩ بند/٣٩٦.

(٢) في هذا المعنى: رينو السابق، وانظر من تطبيقات القضاء الفرنسي في هذا المعنى أيضا.

paris 7/3/1934 G.P 1934-1-919, Tr. de valencienne 1/12/1943 R.T 1944 - P 215 et obs. solus.

وانظر في معنى عدم إمكان التمسك بالمادة ٢٢٧٩-٢ مدني فرنسي (المقابلة للمادة/٩٣٩ مدني كويتي) إذا كان قد صدر حكم بالبراءة على المتهم بالسرقة: paris 19/1/1933 G. P 1933-1-685

(٣) انظر:

Lyon 15/3/1954 G. P 1954-1-309, crim 31/10/1969. J.C.P 1970-2-16333 et note

=

«تأكيد وضع الحائز حسن النية بأسرع وقت ممكن»[1].

٣ ـ أن يعجّل المالك للحائز حسن النية ما دفعه من ثمن للمنقول إذا كان الحائز اشتراه في سوق أو مزاد علني أو ممن يتّجر في مثله[2] إذ دون هذا التعجيل يمكن أن يعرض الاسترداد الحائز الذي اشترى في هذه الظروف لخطر جسيم[3] مع أنه بحسب الفرض اشترى في ظروف تقطع أكثر في معنى حسن نيته.

ويقع على الحائز عبء إثبات شراء المنقول في سوق أو مزاد علني أو ممن يتجر في مثله، وإلا فلن يكون له سوى أن يرجع بدعوى الضمان على من تلقى منه المنقول إذا كان سنده يسمح بذلك[4][5].

GOUBEAUX, R.T 1970-196 et obs BREDIN (J.D).

وعكس ذلك: Tr. civ. seine 23/1/1950 G.P. 1950-1-143.

(١) في هذا المعنى: رينو ص/٤٩٩ بند/٣٩٦.

(٢) وفي تحديد مفهوم ذلك، يقول القضاء الفرنسي أنه «ينبغي أن يكون الحائز قد اشترى المنقول في مكان تجري فيه مساومة وتجارة منتظمة لأشياء مماثلة.

Il faut, que l'acquereur ait acquis dans un lieû ou se font la négociation et le commerce réguliers de choses semblables paris, 7/2/1950 D 1951-456 et note lalou.

(٣) في هذا المعنى: رينو ص/٥٠٠ بند/٣٩٧.

(٤) راجع من تطبيقات القضاء الفرنسي للحق في الاسترداد:

paris 8/11/1946 J.C.P 1946-2-3358, R.T 1947-71 et obs. solus.

(٥) ويشترط البعض في فرنسا فضلا عن ذلك وحتى يمكن للمالك أن يسترد حيازة الأشياء المسروقة أو المفقودة أن تكون هذه الأشياء «محددة الذاتية ومن الممكن التعرف عليها».

Identifées et reconnissables.

انظر رينو ص/٤٩٩، بند/٣٩٦، وانظر في تطبيق لهذا الشرط الاضافي خاص بأوراق البنكنوت (des billets de banque) tr. civ. de. Besançon 25/4/1955 G.p 1955-2-95, R.T 1955-p 681 et obs. solus.

وأن يقدم الدليل على حقه فيه ليس فقط في مواجهة السارق أو من عثر على المنقول وإنما ايضا في مواجهة الحائز حسن النية انظر:

civ 1/6/1977 Bull To. 3 No 261 p. 206, R.T 1978-161 et obs. GIVERDON.

المحـــور الثـــاني

الأثر المسقط للحيازة في المنقولات

٣٠١ ـ إلى جانب الأثر المكسب لحيازة المنقول بحسن نية وسبب صحيح، تؤدي الحيازة أيضا إلى سقوط التكاليف والقيود العينية التي كانت على المنقول، كحق الانتفاع وحق الاستعمال، والرهن، وحقوق الامتياز. . . الخ، وذلك طبقا لما تقضي به الفقرة الثانية من المادة/٩٣٧ حين نصت على أنه «فإذا كان السبب الصحيح وحسن النية قد توافرا لدى الحائز في اعتباره الشيء خاليا من التكاليف والقيود العينية، كسب الحق خالصا منها».

ويفترض الأثر المسقط للحيازة بدوره، توافر حسن النية والسبب الصحيح. ويقصد بحسن النية هنا، جهل الحائز بوجود التكليف أو القيد الذي يثقل المنقول، شريطة ألا يرجع هذا الجهل إلى خطئه الجسيم. أما السبب الصحيح، فيقصد به هنا التصرف القانوني الناقل للملكية، والذي يخلو من أية إشارة إلى ما يثقل المنقول، حتى ولو كان هذا التصرف صادرا من المالك نفسه.

٣٠٢ ـ وقد يترتب الأثر المسقط والأثر المكسب معا، وذلك في حالة ما إذا صدر السبب الصحيح من غير مالك، وكان لا يتضمن *أية إشارة إلى ما يثقل المنقول*. إذ تؤدي الحيازة هنا إلى إكساب الحائز ملكية المنقول، وإلى إسقاط هذه القيود في الوقت نفسه، فيتلقى الحائز الملكية خالية منها. مثال ذلك أن يتلقى *الحائز المنقول من غير مالك* باعتباره خاليا من التكاليف لأنه لم يُذكر فيما بينهما شيء من ذلك، حين أن المنقول في واقع الأمر كان محملا بحق انتفاع للغير.

٣٠٣ ـ وقد يترتب الأثر المسقط للحيازة وحده، إذا كان *السبب الصحيح قد صدر من نفس مالك المنقول*، مادام لم يتضمن أية إشارة إلى ما يثقله من قيود. حين يتملك المتصرف إليه المنقول *بموجب التصرف نفسه باعتباره صادرا من مالك*، ويتلقاه خاليا من هذه القيود بموجب الأثر المسقط للحيازة. ومثال ذلك، أن يشتري شخص منقولا ولا يسدد ثمنه، فيكون المنقول عندئذ محملا *بامتياز البائع*، ثم يبيعه قبل سداد الثمن، إلى حائز حسن النية، يجهل وجود هذا الامتياز، لعدم تضمّن السند الناقل للملكية أية إشارة عنه.

٣٠٤ ـ هذا وهناك تطبيقات تشريعية متعددة للأثر المسقط للحيازة في المنقولات، لا تتسع هذه الدراسة لتفصيلها، أوردها المشرع في خصوص الرهن الحيازي[1] وحقوق الامتياز[2].

٣٠٥ ـ يبقى أن نشير في النهاية، إلى أن اصطلاح «التكاليف والقيود العينية» الذي أورده المشرع في المادة/٩٣٧، يتسع ليشمل ما يثقل الملكية من قيود وإن لم يعتبر من الحقوق العينية. ومتى كان ذلك، فإن شرط المنع من التصرف، وهو لا يعدو أن يكون قيدا على سلطات المالك، يخضع للأثر المسقط لحيازة المنقول، فلا يجوز لمن تقرر الشرط لمصلحته أن يحتج به على الحائز، مادام هذا تلقي المنقول باعتباره خاليا منه.

---

(١) راجع المادة/١٠٧٨.

(٢) راجع المواد ١٠٦٧، ١٠٧٦، ١٠٧٧، ١٠٧٨.

المطلـب الثـاني

آثار الحيازة الممتدة في الزمن (التقادم)

تمهيـــد:

دور الحيازة الممتدة في الزمن، بين القوانين الوضعية والفقه الاسلامي:

٣٠٦ - إذا استمرت حيازة الشيء مدة معينة فإنها تعتبر في غالبية القوانين الوضعية ومنها القانون الفرنسي والمصري وقوانين بعض البلاد العربية سببا قائما بذاته من أسباب كسب الملكية والحقوق العينية، هو التقادم المكسب[1].

وقد يكون الحائز في ظل هذه القوانين هو، حقيقةً، المالك أو صاحب الحق العيني، ومع ذلك فإنه يؤثر أن يستند في كسبه إلى التقادم المكسب تفاديا لصعوبة إثبات سند آخر، خاصة إذا لوحظ أن التملك بالعقد يقتضي أن يكون السلف مالكا وسلف السلف مالكا، وهكذا قد يؤدي تتبع سندات الملكية إلى صعوبات كبيرة.

ولكن قد يكون الحائز ليس هو صاحب الحق، ومع ذلك فإذا استمرت حيازته المدة التي يتطلبها القانون، فله أن يتمسك بتملكه بالتقادم، ولو أقر بعلمه بأن الشيء محل حيازته كان ملكا لغيره. ويوجّه هذا الحكم الذي يبدو مخالفا للعدالة، اعتبارات عملية يُعليها المشرع على اعتبارات العدالة، جماعها ضرورة حماية الأوضاع الظاهرة التي استقرت حفظا للسلم والأمن الاجتماعي. فبين المالك المهمل الذي ترك شيئه في يد الغير مدة طويلة من الزمن، وحائز هذا الشيء، ترجح في نظر المشرع كفة الثاني، خصوصا إذا ما كان آخرون قد تعاملوا مع الحائز، على هذا الشيء، بحسبانه، في اعتقادهم، مملوكا له.

---

(١) فتقضي المادة/ ٩٦٨ مدني مصري بأن: «من حاز منقولا أو عقارا دون أن يكون مالكا له، أو حاز حقا عينيا على منقول أو عقار دون أن يكون هذا الحق خاصا به، كان له أن يكسب ملكية الشيء أو الحق العيني إذا استمرت حيازته دون انقطاع خمس عشرة سنة». وهذا ما يعرف بالتقادم (المكسب) الطويل.

وتنص المادة/ ٩٦٩-١ بأنه: «إذا وقعت الحيازة على عقار أو على حق عيني عقاري وكانت مقترنة بحسن النية ومستندة في الوقت ذاته إلى سبب صحيح فإن مدة التقادم المكسب تكون خمس سنوات». وهذا ما يعرف بالتقادم القصير (أو الخمسي)، وهو نظام لا يعرفه القانون الكويتي.

٣٠٧ ـ وهـذا السبب من أسباب كسب الملكية والحقوق العينية لا يقره الفقه الإسلامي في مذاهبه المختلفة، من حيث يبدو وكأنه إقرار من المشرع بأن الحق يمكن أن يكتسب بالغصب. ولكن ثمة نظاما آخر قال به بعض المتأخرين من فقهاء المسلمين وبخاصة المالكية، يحقق أهم الأهداف التي يهدف إليها نظام التقادم المكسب دون أن يتضمن إقرارا صريحا بأن الحيازة وحدها إذا إستمرت مدة معينة تكسب الحق. هذا النظام هو نظام عدم سماع الدعوى. فتعتبر الحيازة مع مضي الزمن مجرد دليل على أن الحائز هو صاحب الحق. ومادامت الحيازة لا تعدو أن تكون دليلا وليست سببا لكسب الحق فيشترط لعدم سماع الدعوى ممن ينازع الحائز أن يدعي الحائز حين المنازعة أنه هو المالك. أما مجرد التمسك بالحيازة دون أن يدعي أنه هو المالك فلا يكفي لعدم سماع دعوى المنازع.

٣٠٨ ـ والمقارنة بين النظامين (نظام التقادم المكسب كسبب قائم بذاته لكسب الملكية، ونظام عدم سماع الدعوى كمجرد دليل على أن الحائز هو المالك) تكشف عن أن الفارق بينهما، من الناحية العملية، يكاد ينحصر في حالة ما إذا أقر الحائز بأنه لم يكن مالكا، إذ هو في ظل نظام التقادم المكسب يستطيع برغم هذا الإقرار أن يتمسك بهذا السبب من أسباب كسب الملكية، فإذا أثبت توافر شروطه في حقه، كسب الملكية به. وبالعكس، فإنه وفقا للنظام الإسلامي سوف تسمع في هذه الحالة دعوى من ينازع الحائز في الملك، فإذا أقام المنازع البيّنة على أنه المالك حُكم له ضد هذا الحائز.

موقف القانون الكويتي:

٣٠٩ ـ وقد شاء المشرع الكويتي أن يضع نظاما يُبرز الفكرة الإسلامية ويستبعد إقـرار الغصب، مع الأخـذ في الاعتبـار متطلبات الظروف الواقعية للمعاملات وما تقتضيه من حاجة المالك الذي يستند على الدليل المستمد من حيازته إلى دليل يمكّنه من التعامل مع غيره في شأن المال الذي يحوزه. فنصت المادة/ ٩٣٥ على أن: «من حاز عقارا أو منقولا، ظاهرا عليه بمظهر المالك أو صاحب حق عيني آخر، واستمرت حيازته مدة خمس عشرة سنة، إعتبرت حيازته دليلا على الحق، ويُحكم له به، إذا أنكر حق الغير فيه وادّعاه لنفسه، ولو لم يبيّن سبب كسبه».

وهكـذا اعتبر المشرع الحيازة الممتدة في الزمن دليلا على الحق لا يجوز دحضه[1]،

(١) على أن يلاحظ ما سبق أن ذكرناه من أن المشرع يعتبر الحيازة في ذاتها (أي غير الممتدة في الزمن) قرينة على الحق، لكنها قرينة بسيطة تقبل إثبات العكس (م/٩٢٣).

ويحكم للحائز على أساسه، وليست سببا قائما بذاته من أسباب كسب الحق.

٣١٠ ـ ويمتاز الحكم للحائز بالحق، على القول بعدم سماع دعوى منازعه فيه، بميزة هامة من الناحية العملية، وبخاصة حين يكون محل الحيازة عقارا. فمن شأن هذا الحكم الذي يحصل عليه الحائز أن يؤدي إلى استقرار التعامل في شأن هذا العقار. إذ يستطيع الحائز بعد الحصول عليه أن يسجله فيستقر وضعه على العقار باعتباره المالك، شأنه في ذلك شأن كل من يستند في ملكيته إلى سند مسجل. أما الاكتفاء بعدم سماع دعوى المنازع (أي رفض هذه الدعوى) فإنه سيبقى الحائز دون الحصول على دليل واضح على حقه يمكنه من التعامل في العقار باعتباره صاحب الحق، ويجعل من الصعب عليه في الغالب، والحال كذلك، أن يجد من يتعامل معه فيه باعتباره المالك إستنادا إلى دلالة الحيازة على الملك.

ملاحظات على موقف المشرع الكويتي:

٣١١ ـ ولنا على الموقف الذي اتخذه المشرع الكويتي الملاحظات التالية:

١ ـ كان رائد المشرع في عدم الأخذ بنظام التقادم المكسب كسبب قائم بذاته لكسب الملكية، ما قيل في شأنه من أن فيه إقرارا بإمكان كسب الحق بالغصب مادام الحائز يستطيع أن يكسب به الملكية ولو أقر بأن الشيء الذي يحوزه لم يكن مملوكا له. ومع نُبل هذا المنطلق نجد للمشرع موقفا آخر يقبل فيه دورا مكسبا للحيازة أخذه من القوانين الوضعية الحديثة رغم أن فقهاء الشريعة لا يقولون به، وأقصد بذلك ما يعرف بـ قاعدة الحيازة في المنقول سند الملكية. وقيل في تبرير هذا الأخذ ما نصه: «وقد رؤي أن القواعد التي قال بها فقهاء المسلمين وخاصة المالكية، في شأن حيازة المنقول لا تناسب متطلبات التعامل في مجتمعنا الحالي... ولهذا أخذ المشرع بأحكام حيازة المنقول في القوانين الوضعية الحديثة»[1]. وكان على المشرع أن يتخذ موقفا موحدا من النظامين (نظام التقادم المكسب وقاعدة الحيازة في المنقول سند الملكية)، فإما ألا يأخذ بهما نزولا على موقف الفقه الإسلامي منهما، أو يأخذ بهما تغليبا للاعتبارات العملية، ولنظام التقادم المكسب، من الاعتبارات العملية التي تسنده، الكثير، على ما سبق أن بيناه في مواضع سابقة[2].

---

(١) أنظر المذكرة الايضاحية تعليقا على المادة/٩٣٧.

(٢) راجع سابقا البنود ٢١١/٣٠٦.

٢ ـ يكتفي المشرع، حتى تعتبر الحيازة الممتدة في الزمن دليلا على الحق ويحكم للحائز به، أن ينكر هذا حق الغير في الشيء المحوز وأن يدّعيه لنفسه ولو لم يبين سبب كسبه ـ فيجعل من الحائز ـ على هذا النحو مصدقًا دائما بقوله. فإذا ما كان ادعاه الحائز كاذبا، فإن في الاكتفاء به لاعتبار حيازته دليلا على الملك قاطعا لا يجوز دحضه، إقرارا غير مباشر بإمكان كسب الملكية بالغصب وتغليبا للاعتبارات العملية التي توجب حماية الأوضاع المستقرة على اعتبارات العدالة. وتظهر خطورة هذه الملاحظة ـ على الأخص ـ حين نطبق الحل الذي أخذ به المشرع على حيازة المنقول بالذات. فحائز المنقول لن يكون بحاجة ـ بداهة ـ إلى الاستعانة بالنظام المقرر بالمادة/ ٩٣٥ والذي يفترض أن تستمر الحيازة مدة خمس عشرة سنة، إلا لكونه لم يستطع كسب ملكية المنقول فورا بمقتضى قاعدة الحيازة في المنقول سند الملكية، من حيث كانت حيازته تفتقر إلى السبب الصحيح وحسن النية أي لكونه كان يعلم أنه يتلقى المنقول من غير مالكه، ومع ذلك يجد نفس هذا الحائز الباب يفتح أمامه من جديد بعد مضي مدة معينة للحكم له بأحقيته في هذا المنقول، لمجرد كونه ينكر حق الغير فيه ويدعيه لنفسه ودون أن يبين سبب كسبه.

٣ ـ جعل المشرع من الحيازة في ذاتها قرينة على الملك (م/٩٢٣) قابلة لإثبات العكس. وهي تظل كذلك، أي قابلة لإثبات العكس طالما لم تمض عليها مدة خمس عشرة سنة، فيجوز للمالك الحقيقي أن ينازع الحائز ولو قبل اكتمال هذه المدة بيوم. فإذا أقام البينّة على أحقيته في الشيء الذي تحت يد الحائز، أي نفي قرينة الملك، حُكم له به ضد هذا الحائز. وهذا الحل هو ما يتفق واتجاه الفقه الإسلامي. أما إذا مضت على هذه الحيازة مدة خمس عشرة سنة، فإن هذه القرينة تتحول إلى قرينة قاطعة لا يجوز إثبات عكسها (م/ ٩٣٥) دون أن يتطلب المشرع لهذا التحول أي جديد، فلا هو يشترط لذلك أن تكون الحيازة مبنية على سبب صحيح ولا أن يكون الحائز حسن النية. فقط يخلع عليها هذه القوة مجرد أن ينكر الحائز حق غيره في الشيء المحوز ويدعيه لنفسه. وقد يكون لدى المالك الحقيقي الدليل الذي يستطيع أن يجادل به الحائز في الملك، فقط شاء حظه العاثر أن يخطيء في حساب مدة الخمس عشرة سنة، فاعتقد أنه لا يزال يبقى فيها يوم وإذا هي في الحقيقة منقضية من يوم. فلماذا لا نسمّي الأشياء بمسمياتها الصحيحة ونقول أن المشرع هنا ينزل على الاعتبارات العملية ويغلّبها على فكرة عدم جواز إقرار الغصب.

تقسيـــم :

بعد هذا التمهيد ، نوزع الدراسة في هذا المطلب على فرعين، نعرض في أولهما لشروط الحكم للحائز بالحق بدلالة الحيازة الممتدة، وفي الثاني لأحكام النظام الذي أخذ به المشرع في المادة/ ٩٣٥.

الفــرع الأول

شروط الحكم للحائز بالحق بدلالة الحيازة الممتدة

شـــروط ثلاثـــة :

يتضح من نص المادة/ ٩٣٥ سالف الذكر[1]، أنه يشترط للحكم للحائز بالحق، بدلالة حيازته الممتدة، ما يلي:

أولا : الحيـــازة

إحـــالـــة :

٣١٢ ـ يشترط حتى يحكم للحائز بالحق، وفقا للمادة/ ٩٣٥ أن يكون قد حاز عقارا أو منقولا ، حيازة قانونية مستكملة لركنيها المادي والمعنوي وأن تكون خالية من العيوب، وأن ترد هذه الحيازة على ما يمكن كسب ملكيته من الأشياء. وقد سبق بيان كل ذلك في مواضع سابقة فنحيل إليها.

ويقع على الحائز عبء إثبات حيازته للشيء، وله أن يقيم الدليل على حيازته بجميع الطرق بحسبان الحيازة واقعة مادية. وقد سبق بيان ذلك أيضا.

٣١٣ ـ فقط ننّوه في هذا الموضع إلى أن المحاكم الكويتية كانت تعوّل أهمية كبرى

---

(١) أنظر من تطبيقات القضاء لهذا النص: تمييز ٧/١١/١٩٨٤ الطعن رقم ٨٤/٤١ (المجلة ١٢ (ع٣)ـ ٦ـ٣٤)، تمييز ٢١/١١/١٩٨٤ الطعن رقم ٨٤/٥١ (المجلة ١٢ (ع٣)ـ ١٨ـ٧٦)، تمييز ٣/٤/١٩٨٥ الطعن رقم ١٩٨٤/١٠٢ (المجلة ١٣ (ع٢)ـ٣ـ٣٣)، تمييز ٥/٣/١٩٨٦ الطعن رقم ٨٥/١٠٦ تجاري (المجلة ١٤ (ع/١)ـ ٢٧ـ١٢٥).

على المصوّرات الجوية التي تجريها الدولة على فترات زمنية، فتقبل ما تظهره هذه المصورات من مظاهر وضع اليد كدليل على وجود الحيازة[1]. وقد قنن المشرع هذا التوجّه فأصدر المرسوم بالقانون رقم/١١٤ لسنة ١٩٨٦ في شأن حجية المصورات الجوية، ونص في المادة الأولى منه على أن: «تعتبر المصورات الجوية التي أجرتها أو تجريها الدولة حجة على الكافة بما تدل عليه، ولا يجوز قبول دليل آخر يناقض هذه الحجية، وتقضي المحكمة بهذه الحجية من تلقاء نفسها.

ثانيا: شرط المدة

ضرورة استمرار الحيازة خمس عشرة سنة (قرينة استمرار الحيازة):

٣١٤ ـ كذلك يشترط أن تكون الحيازة قد استمرت خمس عشرة سنة. ويقع على الحائز ـ بداهة ـ عبء إثبات هذا الاستمرار[2] وهو ما كان يستوجب ـ بحسب الأصل ـ أن يقيم الدليل على توافر الحيازة في كل لحظة من لحظات تلك المدة الطويلة.

٣١٥ ـ غير أنه بالنظر إلى تعذّر مثل هذا الإثبات على الحائز من الناحية العملية، فقد أقام المشرع قرينة من شأنها أن تسهّله، فنصت المادة/٩١٢ على أنه: «إذا ثبت قيام الحيازة في وقت معين وفي وقت سابق معين اعتُبرت قائمة بين الوقتين مالم يثبت العكس».

وهكذا يكفي أن يثبت الحائز بجميع طرق الاثبات، أنه يحوز الحق حالا، وأنه كان يحوزه في وقت ما في الماضي، ليُفترض من ذلك أن حيازته ظلت مستمرة طوال المدة بين الوقتين. فإذا كانت هذه المدة خمس عشرة سنة، حكم له بالحق محل الحيازة.

غير أن للمالك الحقيقي ـ والفرض أن القرينة سابقة الإشارة هي مجرد قرينة بسيطة ـ أن يدحض هذه القرينة، بإقامة الدليل على أن حيازة الحائز قد انقطعت خلال هذين الوقتين.

---

(١) انظر مثلا: تمييز ١٩٨٢/٣/٢٤ الطعن رقم ٨١/٢٢١ تجاري المجلة ١١(ع١) ـ ٢٨-٩٢)، تمييز ١٩٨٤/٤/٢١ الطعن رقم ٢١٣، ٢٣٥ تجاري (المجلة ١١ (ع١) ـ٣٧-١٣٢)، تمييز ١٩٨٤/٢/١ الطعن رقم ٨٣/٨٤ تجاري (المجلة ١٢ (ع١) ـ٢٥-١٠٢)، تمييز ١٩٨٤/١١/٢١ الطعن رقم ٨٤/٥١ (المجلة ١٢ (ع٣) ـ ١٨-٧٦)، تمييز ١٩٨٦/٣/٥ سابق الاشارة إليه.

(٢) في هذا المعنى: تمييز ١٩٨٤/١/٤ الطعن رقم ٨٣/٣٧ تجاري (المجلة ١٢ (ع١) ـ٢-٣٣).

إنتقال مدة حيازة السلف إلى خلفه العام:

٣١٦ ـ وتنتقل مدة حيازة السلف إلى خلفه العام، بحيث يمكن لهذا الأخير أن يستمر في الحيازة التي كان قد بدأها سلفه. فإذا اكتملت ـ بهذا الاستمرار ـ مدة خمس عشرة سنة، أمكن لهذا الخلف أن يتمسك بالمادة/٩٣٥ فيحكم له بالحق محل الحيازة[١].

على أن يلاحظ في هذا الصدد ما سبق أن قلناه من أن حيازة الخلف لا تعتبر حيازة جديدة مستقلة عن حيازة السلف، وإنما هي نفس حيازة هذا الأخير، انتقلت إلى خلفه[٢] طبقا للمادة/٩١٧.

ومثال ذلك، أن يحوز شخص شيئا مدة ١٢ سنة، ثم يتوفى، ويتلقى وارثه هذا الشيء ضمن تركته. وعندئذ فإنه يكفي هذا الوارث ـ في سبيل التوصل إلى حكم له بالحق، أن يستمر في هذه الحيازة مدة الثلاث سنوات الباقية.

ضم مدد الحيازات في حالة الاستخلاف الخاص:

٣١٧ ـ كذلك يجوز للخلف الخاص[٣]، الذي تعاقب على حيازة الشيء بعد سلفه، أن يضم إلى حيازته مدة حيازة السلف، طبقا للمادة/٩٢١ التي تقضي بأنه «يجوز للخلف الخاص أن يضم إلى حيازته حيازة سلفه، في كل ما يرتبه القانون على الحيازة من أثر»[٤][٥].

---

(١) أنظر من تطبيقات القضاء الكويتي: تمييز ١٩٨٢/٦/٢ الطعن رقم ٨١/٢٤١ (المجلة ١١ (ع١) ـ ٦٤ـ٢٢٨)، تمييز ١٩٨٣/٣/١٦ الطعن رقم ١١٦، ٨٢/١١٧ تجاري (المجلة ١١ (ع٣) ـ ٣٢ـ١١٩).

(٢) في هذا المعنى: رينو ص/٢٥٢ بند/١٩٣، شاباس ص/٢٢٣ بند/١٤٨٩، نقض ١٩٨٨/٥/٢٥ (خلف ١١٣٠ـ٤٣٣) وقد جاء فيه أن «الوارث لا تكون له حيازة مستقلة مهما طال الزمن، ولو كان يجهل أصلها أو سببها، ما لم تصحب هذه الحيازة مجابهة صريحة ظاهرة في معارضة حق الأصيل في الملك».

(٣) راجع في مفهوم الخلف الخاص في هذا الموضع/ الصده ص/٥٩٠ـ٥٩٢ بند/٣٦٢.

(٤) وهكذا ليس يلزم في هذا الشأن أن تكون الحيازة قد توفرت لنفس الشخص طوال المدة التي يستلزمها القانون لإمكان الحكم له بالحق والا لأصبح تطبيق المادة/٩٣٥ نادر الوقوع «إذ أن كثرة إنتقال الملكية في الحياة العملية تؤدي في الغالب إلى انتقال الحيازة من شخص إلى آخر قبل تمام هذه المدة»، الصده ص/٥٨٦ بند/٣٦٠.

(٥) أنظر من تطبيقات القضاء الفرنسي في ضم الحيازات:

Dijon 7/3, 1910 S 1913-2-97, Paris 16/3/1949 J.C.P. 1949-2-4960 *et note* BECQUÉ (E).

على أن يلاحظ هنا، أن الأمر يتعلق بحيازة للخلف الخاص، مستقلة عن حيازة السلف وإن كان القانون يجيز لهذا الخلف أن يضم الحيازتين معاً[1].

ومثال ذلك، أن يكون أحد الأشخاص قد وضع يده على شيء مملوك للغير مدة تسع سنوات، ثم باعه وسلمه إلى مشتريه. فعندئذ، يجوز لهذا المشتري، بحسبانه خلفا خاصا، أن يتمسك بالمادة/ ٩٣٥ فيطلب الحكم له بالحق في هذا الشيء إذا كان هو حازه مدة ست سنوات، ضامّا بهذا الشكل مدة حيازة سلفه إلى مدة حيازته، على أن ينكر حق الغير فيه ويدعيه لنفسه.

٣١٨ - وغني البيان أنه يشترط لإمكان ضم حيازة السلف أن تكون هذه الحيازة صالحة هي نفسها لترتيب الحكم المقرر بالمادة/ ٩٣٥، فإن لم تكن كذلك لكونها مثلا حيازة عرضية أو مشوبة بعيب فلا يجوز للخلف أن يضمها إلى حيازته، إنما يجوز له أن يتمسك بحيازته هو وحدها إن كانت صالحة لترتيب هذا الحكم، وشرط أن تستمر مدة خمس عشرة سنة.

ما قد يعترض سريان المدة من أسباب الوقف والانقطاع:

٣١٩ - قد تتعرض مدة الخمس عشرة سنة التي يؤدي اكتمالها إلى إمكان الحكم للحائز بالحق في الشيء الذي يحوزه، لما يؤدي إلى وقفها أو انقطاعها لمصلحة المالك الحقيقي لهذا الشيء.

وقد أحالت المادة/ ٩٣٦ في هذا الشأن إلى قواعد عدم سماع دعوى الدين بمرور الزمان، فنصت على أنه: «تسري قواعد عدم سماع دعوى الدين بمرور الزمان على المدة التي تستمر خلالها الحيازة فيما يتعلق بحساب المدة ووقفها وانقطاعها والاتفاق على تعديلها، وذلك بالقدر الذي لا تتعارض فيه هذه القواعد مع طبيعة الحيازة».

ونقتصر في هذا الموضع على إيجاز ما يميّز وقف المدة وانقطاعها، في خصوص الحيازة الممتدة في الزمن، من أفكار، معتمدين في الباقي على سبق معرفة الطالب له من خلال دراسته لعدم سماع دعوى الدين بمرور الزمان، في مادة الالتزامات.

أ - وقف المدة:

٣٢٠ - يقصد بوقف مدة الحيازة تعطيل سريانها في مواجهة المالك الحقيقي لأحد

---

(١) في هذا المعنى: شاباس ص/ ٢٢٣ بند/ ١٤٨٩.

الأسباب التي تحول بينه ومطالبة الحائز برد شيئه الذي يحوزه، لتبقى المدة موقوفة ما بقي هذا السبب، فإذا زال استأنفت المدة سريانها، دون أن تدخل في الحساب *الفترة التي* توقفت فيها.

ويمكن استخلاص أسباب الوقف، مما نصت عليه المادة/٤٤٦ في خصوص مرور الزمان المانع من سماع دعوى الدين، حين قضت بأنه:

«١ ـ لا تسري المدة المقررة لعدم سماع الدعوى كلما وجد مانع يتعذر معه على (الدائن) أن يطالب (بحقه) ولو كان المانع أدبياً، كما أنها لا تسري كذلك فيما بين الأصيل والنائب».

«٢ ـ ويعتبر مانعا يتعذر معه المطالبة بالحق، عدم توفر الأهلية في (الدائن) أو غيبته أو الحكم عليه بعقوبة جناية إذا لم يكن له نائب يمثله قانونا».

فذات هذه الأسباب هي التي توقف أيضا سريان مدة الحيازة. كل ما في الأمر أنه يتعين علينا ـ ونحن بصدد الحيازة ـ أن نقرأ لفظة (الدائن) الواردة في هذا النص على أنها صاحب الحق في الشيء محل الحيازة، وتعبير (يطالب بحقه) على أنه مطالبة صاحب الحق في الشيء محل الحيازة بحقه في مواجهة الحائز. ولا نجد مبررا للوقوف بالشرح التفصيلي عند كل هذه الأسباب[1]، فقد سبق للطالب دراستها في مادة الالتزامات. ونكتفي بالوقوف فقط عند بعض الأفكار التي نرى من الضروري لفت الانتباه إليها.

٣٢١ ـ فقد يثور تساؤل حول ما إذا كان جهل المالك الحقيقي باعتداء الحائز على حقه يصلح سببا لوقف مدة حيازة الحائز بحسبان هذا الجهل *مانعا ماديا يحول بين المالك* ومطالبة الحائز بحقه؟

أجابت محكمة النقض المصرية على هذا التساؤل بالايجاب، ولكنها اشترطت لذلك ألا يكون مرجع هذا الجهل إلى إهمال صاحب الحق (المالك) أو تقصيره[2]. وبنفس الحل تقريبا أخذت محكمة النقض الفرنسية حين قضت في أحد أحكامها بأن التقادم

---

(١) راجع في أسباب وقف مرور الزمان المانع من سماع الدعوى (التقادم المسقط)، محمد شكري سرور، الأحكام العامة للالتزام، المرجع السابق الإشارة الصفحات من ٣٤٦ ـ ٣٥٠ البنود من ٤٦٨ ـ ٤٧٠.

(٢) فقد جاء في حكمها الصادر في ١٩٤٨/٤/٢٢ أن «الجهل باغتصاب الحق قد يكون من الأسباب الموقفة للتقادم، إذا لم يكن ناشئا عن إهمال صاحب الحق ولا تقصيره. فإذا كان الحكم قد نفي عن صاحب الحق كل إهمال أو تقصير من جانبه في جهله باغتصاب ملكه، فإنه لا يكون مخطئا إذا اعتبر أن مدة التقادم لا تحسب في حقه، إلا من تاريخ علمه بوقوع الغصب على ملكه» (مجموعة عمر جـ/٥ رقم ٣٠٣ ص/٦٠٢).

يقف إذا كان صاحب الحق معذورا في جهلة بالواقعة التي تخوله المطالبة بحقه[1]. ويُظهر الفقه الفرنسي تخوفا من الأخذ بهذا الاتجاه لأن «اعتبار هذا الجهل سببا للوقف يكاد يهدم نظام التقادم، حيث أنه، عملا، لا يتم التقادم ضد أشخاص يكونون على بيّنة من الاعتداء الواقع على حقوقهم، وإنما يتم ضد هؤلاء الذين يجهلون مثل هذا الاعتداء[2]».

لذلك يعتقد البعض، في مصر أن هذا الجهل لا يكفي سببا لوقف التقادم «إلا إذا كان هناك مانع يُتعذر معه على صاحب الحق أن يعلم بهذا الاعتداء»[3].

وننوّه - في هذا الخصوص - إلى أنه، إذا كان جهل المالك بالاعتداء على حقه جهلا يشاركه فيه الكافة لأن الحائز كان يباشر السيطرة المادية على الشيء المحوز بطريقة غير ظاهرة، فإن الحيازة تكون معيبة بعيب الخفاء فلا تصلح أصلا لترتيب أثرها في إمكان الحكم للحائز بالحق.

٣٢٢ - وفي خصوص الموانع الأدبية، يجدر التنويه أيضا إلى أن العلاقة التي تقوم بين صاحب الحق والحائز، قد تقترن بأحد الأوضاع التي تُفقد الحيازة صلاحيتها لأن يحكم للحائز بالحق، فنكون بصدد أكثر من مجرد إيقاف لسريان مدة الحيازة: فقد يكون من شأن هذه العلاقة أن تجعل الحيازة مشوبة بعيب اللبس[4]، كما لو وضع الأخ الأكبر يده على أعيان التركة بعد وفاة والده، فلا يتضح ما إذا كان يريد الاستئثار لنفسه بهذه الأعيان أم أنه يحوزها لحساب نفسه وبقية الورثة. وقد تدل هذه العلاقة على أن الحيازة تقوم على تسامح من جانب صاحب الحق[5] فتكون الحيازة عندئذ مجرد عرضية، كما هي الحال حين يضع الزوج يده على عقار مملوك لزوجته فتتركه هي ينتفع به من قبيل التسامح. وقد تقوم هذه العلاقة بناء على سند يلزم الحائز بإدارة الشيء والمحافظة عليه لحساب صاحب الحق[6]، فتكون حيازة الحائز لهذا الشيء مجرد حيازة عرضية أيضا، كما هي الحال في العلاقة بين الأصيل والنائب مادامت علاقة النيابة قائمة.

٣٢٣ - وإعمالا للمادة/٤٤٧ (الواردة في خصوص مرور الزمان المانع من سماع

---

(١) نقض فرنسي ١٩٤١/١/٢٧ مشار إليه في محمود جمال الدين زكي بند/٣٠٥ هامش/١٠.

(٢) إتجاه منسوب للفقه الفرنسي، أشار إليه، وذكر القائلين به: الصده ص/٥٩٩ بند/٣٦٤ وهامش/٢.

(٣) أنظر الصده ص/٥٩٩، بند/٣٦٤ (ويمثل لهذا المانع بأن يصاب صاحب الحق بمرض يحول بينه وبين هذا العلم).

(٤) (٥) (٦) في هذا المعنى: الصده/٦٠٠، ٦٠١ بند/٣٦٤.

دعوى الدين)[1] على الحيازة، يمكن القول بأنه، إذا ما كان سبب الوقف يقوم بالنسبة لبعض المالكين دون البعض الآخر، فإن أثره في وقف مدة الحيازة يقتصر على من قام به سببه منهم دون الباقين[2،3]، إلا إذا كان الحق الواردة عليه الحيازة غير قابل للتجزئة كحق الارتفاق، ففي هذه الحالة يستفيد من الوقف باقي المالكين.

٣٢٤ - بقي التذكير بأن أثر الوقف يقتصر على إسقاط الفترة التي دام فيها سببه من مدة الحيازة، فإذا فرض وكان سبب الوقف مصاحبا لبدء الحيازة فإن هذه لا تبدأ في السريان أصلا إلا بعد زوال هذا السبب.

ب - إنقطاع المـــدة:

٣٢٥ - يقصد بانقطاع مدة الحيازة زوال ما مضى منها قبل حدوث سببه، بحيث إذا كسب الحائز حيازة الشيء مرة أخرى يبدأ حساب مدة جديدة كاملة، مع عدم الأخذ في الاعتبار لما مضى من مدة[4].

ويأخذ انقطاع المدة، في خصوص الحيازة، إحدى صورتين:

١ - الإنقطاع الطبيعي interruption naturelle:

٣٢٦ - تنقطع مدة الحيازة بخروج الشيء محلها من سيطرة الحائز، إذ تعتبر الحيازة في هذه الحالة قد زالت[5]. يستوي في هذا الشأن أن يكون هذا الخروج بإرادة الحائز نفسه الذي تخلى عن الحيازة، أو دون إرادته، بانتزاع الغير الحيازة لنفسه، شرط أن يكون هذا الغير، بهذا الإنتزاع، قد قصد أن يضع يده هو على الشيء لحساب نفسه لا

---

(١) وهي تقضي بأنه: «إذا وجد سبب يوقف سريان المدة المقررة لعدم سماع الدعوى بالنسبة إلى بعض ورثة الدائن، فإن المدة لا توقف بالنسبة الى بقية الورثة».

(٢) مثال ذلك، أن يقع أحد المالكين على الشيوع لعقار أسيرا في حرب، فإن الحيازة التي بدأها الحائز على هذا العقار يقف سريانها في حق هذا الأسير فقط بقدر حصته في المال الشائع، ويحكم للحائز بالحق بقدر حصة الباقين الذين اكتملت مدة حيازته في مواجهتهم.

(٣) ويوجه هذا الحكم، عند البعض، أن الوقف نفسه «ميزة استثنائية، فلا تنصرف آثاره إلا إلى الشخص الذي يقوم به سبب الوقف» الصده ص/٦٠٦ بند/٣٦٦.

(٤) راجع في انقطاع التقادم المسقط للدين (أو ما يطلق عليه في القانون الكويتي انقطاع مرور الزمان المانع من سماع الدعوى بالدين)، محمد شكري سرور، أحكام الإلتزام، المرجع السابق ص/٣٥٠ وما بعدها البنود ٤٧١-٤٧٤.

(٥) وتعبيرا عن هذا المعنى، وفي معرض التفرقة بين انقطاع مدة الحيازة ووقفها، يقول رينو «فالانقطاع ينتج عن واقعة تصيب الحيازة نفسها فيجعلها مشلولة فعلا «effectivement arrêtée» ص/٢٤٩ بند/١٩٠.

لحساب الحائز الأصلي.

على أنه استثناء من هذه القاعدة إذا استطاع الحائز أن يسترد الحيازة خلال ثلاث سنوات، من تاريخ سلبها منه إن كان الأمر يتعلق بعقار (م/٩٢٢) أو من تاريخ فقد المحوز أو سرقته إن كان الأمر يتعلق بمنقول (م/٩٣٩) فإن الحيازة لا تكون ـ قانونا ـ قد انقطعت، وإنما تعد في حكم المستمرة، ويعد الحائز وكأنه لم يفقدها في أي وقت، بحيث تحسب المدة اعتباراً من الوقت الذي بدأت فيه الحيازة بما في ذلك الفترة التي فقدت خلالها، ثم تستكمل بالمدة اللاحقة على الاسترداد.

وأثر الانقطاع الطبيعي مطلق، فيما يعني أن لكل ذي مصلحة أن يتمسك به، وهو أمر مفهوم، فالفرض أن الحيازة هنا زالت، فيكون، زاولها في مواجهة الكافة.

٢ ـ الإنقطاع المدني (أو الحكمي) interruption civile

٣٢٧ ـ ويمكن أن تنقطع مدة الحيازة، رغم بقاء الحيازة للحائز، بالأسباب الآتية:

أولا: بالمطالبة القضائية، من جانب صاحب الحق بحقه محل الحيازة[1] ولو رفعت دعوى المطالبة أمام محكمة غير مختصة[2،3].

وتبقى المدة مقطوعة ما بقيت الدعوى قائمة، فإذا ما فُصل فيها لغير مصلحة الحائز، وكان هذا الأخير لا يزال حائزا للشيء، بدأت مدة جديدة في السريان بحيث لا يمكن أن يُحكم للحائز بالحق إلا بمضي مدة ١٥ سنة كاملة محسوبة من تاريخ صدور الحكم في الدعوى. أما إذا كان هذا الحكم قد صدر لمصلحة الحائز (أي برفض دعوى المالك الحقيقي)، فإن أثر الدعوى في قطع المدة يزول، بحيث تعتبر مدة الحيازة سارية منذ البداية لم تنقطع.

ثانيا: بإقرار الحائز بحق الغير على الشيء، صريحا كان هذا الإقرار أو ضمنيا. إذ

---

(١) انظر من تطبيقات القضاء الكويتي، حكم تميز ١٩٨٥/٥/٢٢ في الطعون أرقام ٨١/٢٣٦، ٨٤/٦٣،٦٢ تجاري (المجلة ١٣ (ع٢)- ٣٩-١٦٨).

(٢) وقضى بأن «مجرد حصول تصرف قانوني على العين محل الحيازة» من قبل مالكها الأصلي «لا يعد هذا التصرف قاطعا للتقادم»، نقض ١٩٦٨/٤/٩ (خلف ١٠٦١-٤١٢).

(٣) وقضى بأنه: «متى كانت المنازعة التي أثارها المالك الأصلي للعقار تجاه حائزه لاحقة لاكتمال مدة التقادم . . . فإنه لا يعتد بها»، نقض ١٩٦٧/٢/٧ (خلف ١٠٤٨ ـ ٤٠٩).

يعني هذا الإقرار أن الحائز لا يعتبر نفسه صاحب الحق على الشيء.

ويستخلص الإقرار الضمني من أي عمل يقوم به الحائز ويتضمن اعترافه بحق المالك الحقيقي، كقيامه بدفع أجرة هذا الشيء إلى هذا المالك.

على أن يلاحظ أنه إذا ما تجاوز الحائز مجرد الإقرار بأن ما يحوزه ليس مملوكا له إلى اعترافه بأنه مدين كذلك برده إلى مالكه، لكونه مثلا مجرد مستأجر أو مستعير له، فإن الأمر عندئذ يتعدى مجرد قطع مدة الحيازة السابقة على هذا الاعتراف، ولا يعد بإمكان الحائز بعد ذلك أن يستند إلى هذه الحيازة في طلب الحكم له بالحق طبقا للمادة/ ٩٣٥، تلك الحيازة التي انكشف - بهذا الإعتراف - أنها لم تكن سوى مجرد حيازة عرضية.

وعلى العكس من الانقطاع الطبيعي، يكون الانقطاع المدني نسبي الأثر، فلا يستطيع أن يتمسك به سوى صاحب الحق الذي صدرت عنه المطالبة القضائية، أو الذي أقر له الحائز بالحق، ومن ثم، فإذا كان الحائز مثلا قد وضع يده على شيء مملوك على الشيوع لشريكين، فقام أحد هذين الأخيرين برفع دعوى الاستحقاق على الحائز، فإن هذه الدعوى تقطع مدة الحيازة لمصلحة الشريك رافعها وحده، بحيث لا يستطيع الشريك الآخر أن يتمسك بهذا الانقطاع بل تظل مدة الحيازة سارية بالنسبة له ومحسوبة منذ بدء الحيازة.

ثالثا
إنكار الحائز حق الغير وادعاء الحق لنفسه

٣٢٨ - وفضلا عن الحيازة التي تمتد في الزمن مدة خمس عشرة سنة، يتعين حتى تعتبر الحيازة دليلا قاطعا على الحق ويحكم للحائز به، أن ينكر الحائز - عند المنازعة - حق الغير في المنقول أو العقار الذي يحوزه ويدعي هذا الحق لنفسه ولو لم يبين سبب كسبه (م/٩٣٥). وهذا الشرط هو الذي يُبرز الفارق الجوهري بين النظام الإسلامي والنظم الوضعية. فما دامت الحيازة لا تعدو أن تكون دليلا وليست سببا لكسب الحق، لزم أن يدعي الحائز حين المنازعة أنه هو المالك ولا يكفي مجرد التمسك بالحيازة.

٣٢٩ - وقولنا بلزوم أن يكون إنكار الحائز حق الغير على الشيء والادعاء به لنفسه (حين المنازعة)، يعني أنه ليس يكفي ذلك الإنكار الضمني الأوّلي، الذي يفترضه أصلا كون الحيازة خلال مدة الخمس عشرة سنة كانت حيازة قانونية وليس مجرد حيازة

عرضية. فقد مرّ بنا أن الحيازة القانونية تستلزم، إلى جانب مباشرة الأعمال المادية قوام عنصرها المادي، توافر العنصر المعنوي المتمثل في قصد الحائز، في مباشرته لهذه الأعمال، الظهور على الشيء بمظهر المالك أو صاحب الحق العيني الآخر، وإلا كانت حيازته مجرد حيازة عرضية لا ترتّب أصلا أثرها القانوني. فالشرط محل البحث (إنكار حق الغير والادعاء به للنفس) هو شرط إضافي، مستقل، يفترض حيازة قانونية (بعنصريها المادي والمعنوي) استمرت مدة خمس عشرة سنة، وبعد ذلك، وعند منازعة الحائز في حقه في الشيء الذي يحوزه من قبل الغير، ينكر الحائز حق هذا الأخير في الشيء ويدعيه لنفسه.

٣٣٠ ـ كما أن قولنا «عند المنازعة» يفترض أن يكون إنكار الحائز حق الغير والادعاء به لنفسه أمام القضاء. إنما يمكن أن يتم ذلك في أية حالة كانت عليها الدعوى ولو لأول مرة أمام محكمة الاستئناف لكن لا يجوز إبداؤه لأول مرة أمام محكمة التمييز.

٣٣١ ـ ولما كان الإنكار مسألة تتصل بمحض ضمير الحائز، فلا يقبل ـ بداهة ـ إلا منه هو شخصيا. إنما لا يلزم أن يتم في شكل معين أو صيغة محددة، كل ما في الأمر أنه يجب أن يكون واضح الدلالة في معناه على أن الحائز ينكر حق الغير في الشيء ويدعيه لنفسه.

الفـرع الثـاني

أحكام النظام المقرر بالمادة/ ٩٣٥

وجوب التمسك بالأثر الذي يرتبه القانون على الحيازة الممتدة (التقادم)

٣٣٢ ـ إن التقادم[1] سواء أكان مكسبا للحق[2]، أو مانعا من سماع دعوى منازع الحائز فيه[3]، أو دليلا قاطعا على الحق يخول الحائز الحصول على حكم به[4]، هو ـ في كل الأحوال ـ خيار للحائز، فلا يترتب عليه أثره تلقائيا أو بقوة القانون وإنما يجب أن يتمسك الحائز بهذا الأثر[5]، فلا تستطيع المحكمة أن تقضي به من تلقاء نفسها،

---

(١) أو الحيازة الممتدة.

(٢) كما هو الحال في القانون المصري.

(٣) كما هو الحال في النظام الإسلامي.

(٤) كما هو الحال في القانون الكويتي (م/٩٣٥).

(٥) في هذا المعنى: نقض ١٩٨٦/٥/٢٩ (خلف ١١١٥ ـ ٤٢٧).

خصوصا وأن دلالة الحيازة، وإن امتدت، على الملك قد لا تكون مطابقة للحقيقة، وقد يأبى على الحائز ضميره أن يحكم له بحقٍ هو للغير لمجرد وجوده في مركز يسمح له بالحصول على مثل هذا الحكم.

٣٣٣ - ويحصل التمسك بالتقادم - عادة - عن طريق الدفع. وهو دفع موضوعي يواجه به الحائز دعوى الاستحقاق المرفوعة عليه من المالك.

٣٣٤ - وفي القوانين التي تجعل من التقادم سببا مكسبا للملكية، كالقانون المصري، يُتصور أيضا أن يتم التمسك بالتقادم بطريق الدعوى. مثال ذلك: أن يخرج الشيء - بعد كسب ملكيته بمضي المدة - من حيازة الحائز (كما لو اغتصبه الغير منه مثلا)، فيستطيع الحائز أن يرفع دعوى الاستحقاق على من آلت إليه الحيازة، ويكون سنده في رفعها أنه تملك هذا الشيء بالتقادم.

وفي الشريعة الإسلامية لا يعطي مرور الزمن للحائز إلا دفعا، يواجه به دعوى الاستحقاق المرفوعة عليه من المالك، هو الدفع بعدم سماع الدعوى، فلا يستطيع الحائز إذا خرجت العين من حيازته أن يرفع هو دعوى الاستحقاق على الحائز الجديد[1].

وحيث يقف القانون الكويتي، بالحل الذي اعتمده في المادة/ ٩٣٥، موقفا لا هو بنظام التقادم المكسب ولا هو بنظام منع سماع الدعوى، فإن شكاً يثور فيه حول مدى إمكان التمسك بالتقادم عن طريق الدعوى[2]. وتحديدا حول ما إذا كان يجوز للحائز الذي اغتصبت منه الحيازة بعد مضي خمس عشرة سنة أن يرفع دعوى الإستحقاق على الحائز الجديد. ومبعث الشك أن مضي هذه المدة لم يكسب بذاته ملكية الشيء للحائز كما هو الحال في نظام التقادم المكسب حتى يقال، بدقة، أن الحائز يستطيع أن يستند إليه في رفع دعوى الإستحقاق، فهذه تفترض أن ترفع من مالك.

والقول بجواز رفع هذه الدعوى على الحائز الجديد، إن صح، من شأنه أن يفتح الباب لتصنّع ممكن، بأن يستحث الحائز، الحائز الجديد على اغتصاب الحيازة منه حتى يتمكن من رفع دعوى استحقاق ينكر فيها حق هذا الأخير في الشيء ويدعيه لنفسه

---

(١) راجع في هذا الشأن، السنهوري ص/١٠٧٢ هامش/٣.

(٢) أما التمسك به بطريق الدفع فلا شك فيه. بل إنه هو الذي كان في ذهن المشرع عندما أخذ بهذا النظام. يرفع المالك دعوى الإستحقاق على الحائز، فيدفعها هذا الأخير بأن ينكر حق الحائز في الشيء ويدعيه لنفسه ويطلب الحكم له به.

وصولا إلى الحكم له به، إذا ما كان المالك الحقيقي للشيء يتقاعس عن رفع دعوى الاستحقاق على الحائز.

بل يظل الشك في إمكان التمسك بالتقادم عن طريق الدعوى قائما في القانون الكويتي ولو كان يراد رفع هذه الدعوى على المالك الحقيقي. فقد يصعب تصور قبول دعوى يرفعها الحائز لا لشيء إلا لينكر فيها حق شخص ما في الشيء الذي يحوزه ويدعيه لنفسه إن كان هذا الشخص بالفرض لم ينازعه أصلا.

٣٣٥ ـ لكن القول ـ في نفس الوقت ـ بأن أثر التقادم لا يمكن إعماله في القانون الكويتي إلا بطريق الدفع، من شأنه أن يقضي تقريبا على هذا الأثر في أهم وجوهه وهو الحكم للحائز بالحق، مادام أن الوصول إلى هذا الحكم سيكون ولابد ـ عندئذ ـ أن يمر من خلال دعوى، بيد الغير أمر رفعها[1].

مدى إمكان التنازل عن التمسك بهذا الأثر:

٣٣٦ ـ وفي القوانين التي تأخذ بنظام التقادم المكسب، يقال أنه، كما أن للحائز أن يتمسك بهذا التقادم فإن بإمكانه أن يتنازل عنه، صراحة أو ضمنا[2]. شرط ـ فقط ـ أن يكون هذا التنازل بعد ثبوت الحق فيه، أي بعد إكتمال مدته.

أما في القانون الكويتي فالقول بإمكان التنازل عن التمسك بأثر التقادم[3] بعد ثبوت الحق فيه، على صحته، يكون قولا محض نظري. فالحق في التمسك بأثر التقادم (وهو الحكم للحائز بالحق) لا يثبت كما عرفنا إلا بعد توافر شروطه، ومنها بالأخص إنكار الحائز حق الغير على الشيء المحوز والادعاء به لنفسه. ويصعب تصور أن يعود الحائز بعد إذ قطع هذا الشوط إلى التنازل عن الحكم له بالحق في مواجهة مُنازعه فيه.

أثر التمسك بالتقادم:

٣٣٧ ـ فإذا توافرت الشروط المنصوص عليها بالمادة/ ٩٣٥: من حيازة، ومضي مدة ١٥ سنة، وإنكار الحائز حق الغير في الشيء الذي يحوزه والادعاء به لنفسه، وتمسك

---

(١) ومع أسباب كل هذا التردد الذي نُبديه، نجد غيرنا ممن شرحوا نظام المادة/ ٩٣٥ مدني كويتي، يمرون على المسألة بكل بساطة فقدموا حتى الدعوى على الدفع. أنظر إبراهيم الدسوقي ص/ ٣٠٠ بند/ ٢٩٦.

(٢) أنظر نقض ١٩٨٦/٥/٢٩ سابق الإشارة إليه.

(٣) وهو الحكم للحائز بالحق.

الحائز بالتقادم، أعتبر صاحبا للحق الذي يحوزه، ملكية كان أو حقا عينيا آخر، وكذلك توابع هذا الحق متى كانت بدورها محلا للحيازة، وحكم له به وجوبا، دون ما سلطة تقديرية في ذلك للمحكمة.

٣٣٨ ـ وهو يعتبر صاحبا للحق الذي حكم له به ليس فقط منذ اكتمال مدة التقادم، وإنما منذ بدء الحيازة[1]. ويترتب على ذلك:

أ ـ أن تعد ثمار الشيء المحاز حقا خالصا للحائز منذ بدء الحيازة[2]، ولا يثور بحث فيما إذا كان حسن أو سيء النية وقت قبضها، فهو يتملكها بحسبانه صاحب الحق في الشيء الذي ينتجها وليس مجرد حائز له.

ب ـ أن الحقوق العينية، أصلية أو تبعية، التي يكون الحائز قد رتبها على الشيء أثناء حيازته له تستقر نافذة باعتبارها صادرة ممن يملك ترتيبها، أما الحقوق التي يكون غير الحائز (كالمالك الحقيقي) قد رتبها على الشيء في تلك الفترة فلا يحتج بها في مواجهة الحائز لكونها تعتبر صادرة من غير صاحب حق[3].

جـ ـ أن الحائز يعتبر مالكا للشيء بحالته وقت بدء الحيازة، بما يتفرع عليه من أنه، إذا كان الشيء، إذ ذاك محملا بحق عيني، بقي محملا به بعد الحكم للحائز به، إلا إذا سقط هذا الحق بسبب خاص به[4].

---

(١) أنظر نقض ١٩٦٩/٦/٤ (خلف ١٠٧١ ـ ٤١٤).

(٢) في هذا المعنى: شاباس ص/٢٤٠ بند/١٥٠٩.

(٣) أنظر نقض ١٩٦٩/٦/٤ السابق: نقض ١٩٨٨/٢/١٠ (خلف ١١٢٣ ـ ٤٣٠).

(٤) في هذا المعنى: شاباس ٢٤٠/٢٤١ بند/١٥١٠.

الباب الثاني

أحكام حق الملكية

تقسيـــم :

نوزع الدراسة في هذا الباب على فصلين، نجعل أحدهما لأحكام حق الملكية في التنظيم العام له، فيما نجعل الثاني للأحكام الخاصة بالملكية الشائعة.

الفصـل الأول

أحكام حق الملكية في التنظيم العام له

تقسيـــم :

نوزع الدراسة في هذا الفصل على مبحثين، نعرض في أولهما لنطاق حق الملكية من حيث محل هذا الحق، فيما نكرس الثاني للقيود التي ترد على الملكية.

المبحث الأول

نطاق حق الملكية (من حيث محله)

تمهيـــد :

٣٣٩ ـ سبق أن عرضنا لنطاق حق الملكية من حيث مضمونه، أي لسلطات المالك، وهي ـ على ما رأيناه ـ كل من سلطة الاستعمال وسلطة الاستغلال وسلطة التصرف[1]. أما في هذا الموضع فإننا نعرض لنطاق حق الملكية من حيث محله.

٣٤٠ ـ وننوه ـ في البداية ـ إلى أن حق الملكية ـ بحسبانه حقا عينيا، أي سلطة مباشرة لشخص على شيء معين بالذات ـ يكون محله بالضرورة، شيئا ماديا[2،3]. أمّا ما يعرف بحقوق الملكية الأدبية والفنية[4] وحقوق الملكية الصناعية[5]، فبالرغم من صريح إسمها، فإنها ليست حقوق ملكية بالمعنى الدقيق، وإنما هي حقوق ذهنية[6] لها أحكامها وقوانينها الخاصة بها. وهي إذا كانت تقترب من حق الملكية من حيث كونها، مثله، مما يحتج بها على الكافة، لا تثقل ذمة شخص محدد يتحمل بها في مواجهة صاحبها كمدين له بها[7]، إلا أنها ـ على العكس ـ تفتقر إلى خاصية الدوام، إحدى مميزات حق الملكية[8]. فهي ـ بالأدق ـ تتحلل في احتكار استغلال موقوت بمدة محددة[9،10] بالنظر

---

(١) أنظر سابقا البنود من ٣ـ٩.

(٢) وإذا كانت الملكية يمكن أن ترد على السند لحامله مع أن محله حق شخصي (حق دائنية) فلأن هذا الحق يتجسد هنا في السند نفسه كشيء مادي ويختلط به.

(٣) أنظر: محمد شكري سرور، النظرية العامة للحق، المرجع سابق الإشارة بند/٣٤ وما بعده.

(٤) Droits de propriété littéraire artistique.

(٥) Droits de propriété industrielle.

(٦) Droits intellectuels.

(٧ ـ ٩) في هذا المعنى: شاباس بند/١٣٥١.

(١٠) أنظر: *CATALA*: La transformation du patrimoine dans le droit civil moderne. R.T. 1966, P. 185 et s., Spéc. No. 20 et s.

إلى ما للهيئة الاجتماعية نفسها من فضل على المبتكر (مؤلفا أو مخترعا)، فهو مدين لها بثمرات فكره التي أفاد، في تكوينها، من مجموع التراث الفكري للإنسانية[1].

٣٤١ - وحيث يرد حق الملكية على شيء مادي، فإن نطاق هذا الحق يشمل - طبقا لصريح المادتين/٨١١، ٨١٢ مدني: الشيء ذاته، وملحقاته، كما يشمل ثماره ومنتجاته. وإذا كان هذا الشيء أرضا امتد نطاق حق ملكيتها ليشمل مافوقها من علو وما تحتها من عمق في حدود معينة. فتنص المادة/٨١١ على أن: «ملكية الشيء تشمل أجزاءه، وثماره، ومنتجاته، وملحقاته، مالم يوجد نص أو تصرف قانوني يخالف ذلك». وتنص المادة/٨١٢ على أن: «ملكية الأرض تشمل ما تحتها وما فوقها إلى الحد المفيد في التمتع بها وفقا للمألوف، مالم يوجد نص أو تصرف قانوني يخالف ذلك».

ونفصل - فيما يلي - ما أجملناه:

شمول الملكية للشيء ذاته، وملحقاته:

٣٤٢ - أ - ينصب حق الملكية - أساسا - على الشيء ذاته. وحين يكون هذا الشيء منقولا فإن تعيين حدوده المادية لا يثير أية صعوبة، لأن المنقول (وهو الشيء الذي يقبل - بطبيعته - الانتقال من مكان لآخر دون أن يصيبه التلف) منفصل مادياً بطبيعته، عن الأشياء الأخرى. أما حين يكون هذا الشيء عقارا فقد تقوم صعوبات في تعيين حدوده المادية، خصوصا إذا كان أرضا[2] نظرا لتجاور الملكيات[3]. ومن هنا يفهم أن يكون لكل مالك، في الأراضي المتجاورة، حق إجبار جاره، عند الإقتضاء، على وضع حدود لأملاكهما المتلاصقة (م/٨١٣) على ما سنراه فيما بعد[4].

٣٤٣ - وورود حق الملكية على الشيء ذاتـه، يكـون على هذا الشيء بجميع

---

(١) لمزيد من التفاصيل راجع: محمد شكري سرور، النظرية العامة للحق، المرجع السابق بند/١١٦ وما بعده.

(٢) أما في المباني فإن تماسك أجزاء المبنى يجعل من السهل تحديده أنظر في هذا المعنى/ محمود جمال الدين زكي بند/٢٢.

(٣) ففي الأراضي، لا تكون الملكيات متميزة بعضها عن البعض الأخر بطبيعة الأراضي نفسها، وإنما يتم هذا التمييز بطريقة اصطناعية، بوضع حدود بين الملكيات المتجاورة، أنظر، شاباس بند/١٣٥٢. وهذه الحدود يعاد ترتيبها تبعا لما يدخل على نطاق حق الملكية من تغيير، سعة أو نقصانا.

(٤) أنظر لاحقا بند/٣٧٢ وما بعده.

أجـزائـه. فملكية المنـزل مثـلا تشمـل جميع أجـزائـه من أبـواب ونـوافـذ ودرج وشرفـات. . . الـخ. وملكية السيارة تشمل سائر أجزائها من هيكل ومحرك وإطارات . . . الخ.

والنص على أجـزاء الشيء في المـادة/٨١١ (حين قضت بأن ملكية الشيء تشمل أجزاءه) يقابل ماورد في القانون المصري والقوانين العربية التي نقلت عنه أو تأثرت به، من أن: «مالك الشيء يملك كل ما يُعد من عناصره الجوهرية بحيث لا يمكن فصله عنه دون أن يهلك أو يتلف أو يتغير» (م/٨٠٣-١ مدني مصري). فالمشرع الكويتي، على هذا النحو، استبدل بلفظة «عناصره» الواردة في النص المصري لفظة «أجزاءه»، واكتفى بها، فيما قيّد المشرع المصري لفظة «عناصره» بقيد ضرورة كونها «جوهرية»، وهـو ما استوجب منه أن يستطرد محدداً معيار جوهريتها، فحدده بعدم إمكان فصل العنصر عن الشيء دون أن يهلك أو يتلف أو يتغير.

ومزّية كلمة «أجزاء» المستخدمة في النص الكويتي - على إيجازها - بالمقارنة للعبارة المطولة المستخدمة في النص المصري، تبدو من ناحيتين:

الأولى: أن وصف العناصر التي يملكها المالك بأنها العناصر «الجوهرية» يفيد أن العناصر غير الجوهرية لاتشملها الملكية وهو غير صحيح. فكل ما يعتبر جزءا أو عنصرا من الشيء محل الحق تمتد إليه الملكية أيا كانت درجة أهميته حتى ولو كان من الكماليات.

الثانية: أن معيار جوهرية العنصر، من عدمها، المحدد في النص المصري، يكتنفه الغموض، إذ يدعو إلى التساؤل عن «الشيء» الذي تعود عليه عبارة «دون أن يهلك أو يتلف أو يتغير»، هل هو العنصر الجوهري أم الشيء الأصلي؟. فإذا كان المقصود هو العنصر الجوهري (أي الجزء) فإن الضابط يكون غير صحيح؛ لأن بعض ما يعتبر جزءا من الشيء يمكن فصله دون أن يهلك أو يتلف، أو يتغير، مثل كثير من أجزاء السيارة وبعض أجزاء المباني كالأبواب والنوافذ. وإذا كان المقصود هو هلاك أو تلف أو تغير الشيء الأصلي، فالضابط غير مفيد، فبعض العناصر لا تكون بالتأكيد جزءا من الشيء (كصورة معلّقة على حائط منزل) وبعضها الأخر يكون جزءا منه (كتمثال مثّبت على قاعدة في مدخل منزل) مع أن بالإمكان في الحالتين فصل العنصر عن الشيء الأصلي دون أن يهلك هذا الشيء أو يتلف أو يتغير.

٣٤٤ - وأيا ماكان الأمر فإن هذا القدر من تحديد ما يملكه مالك الشيء بأنه الشيء بجميع «أجزائه» رآه المشرع يكفي تشريعيا. وإذا أثير النزاع في العمل حول ما

إذا كان شيء ما يعتبر أو لا يعتبر جزءا من شيء آخر فالقاضي يفصل فيه على ضوء الظروف وبالاستعانة عند اللزوم بالعرف وتقدير أهل الخبرة.

٣٤٥ ـ ب ـ وبالاضافة إلى أجزاء الشيء تشمل ملكية الشيء، ملحقاته accessoires . ويقصد بها كل ما أعد بصفة دائمة لاستعمال الشيء، وفقا لعرف الجهة وقصد من أعدّها دون أن تكون جزءا من الشيء ذاته ولا متولدة منه (كالثمار) أو ناتجة عنه (كالمنتجات). فيعتبر من ملحقات المصانع ـ مثلا ـ ما يلحق بها من مخازن، ومن ملحقات الأراضي الزراعية ما يلحق بها من السواقي والحظائر. ويعتبر من ملحقات السيارة ـ إطارها الاحتياطي، وما يلزم من الأدوات لرفعها... الخ. ويعتبر من ملحقات العقار، أرضا كان أو بناء، حقوق الارتفاق والعقارات بالتخصيص، وهكذا.

إنما يلزم أن تكون هذه الأشياء معدّة بصفة دائمة لأن تكون تابعة للأصل وملحقة به. فإن كانت معدّة لذلك بصفة وقتية فلا تعتبر من ملحقاته[1].

ولأن ملكية الشيء تشمل ملحقاته، فإن نقل ملكية الشيء أو رهنه، يمتد بالتبعية إلى هذه الملحقات، مالم يتفق على غير ذلك.

---

(١) «كما إذا استأجر المالك مواشي وآلات لزراعة أرضه، فإنها لا تعتبر من ملحقات الأرض» راجع محمود جمال الدين زكي بند/٢٨ نقلا عن السنهوري بل تظل هذه الأشياء مملوكة لصاحبها.

شمول ملكية الشيء لثماره ومنتجاته (إحالة):

٣٤٦ ـ كذلك تشمل ملكية الشيء ما يتولد منه من ثمار، وما ينتج عنه من منتجات (م/٨١١). وقد سبق بيان معنى كل من الثمار والمنتجات فنحيل فيها إلى ذلك الموضع[١].

شمول ملكية الأرض للعلو والعمق[٢]:

٣٤٧ ـ وملكية الأرض بالذات، لا تقتصر على سطحها وحده، وإلا لما أمكن للمالك أن يفيد على نحو جدّي من الأرض التي يملكها[٣]. وإنما تمتد الملكية إلى ما تحت سطح الأرض من عمق وإلى ما فوقه من علو[٤]. وهذا الأخير «تحدده خطوط مستقيمة تقوم نظريا على»[٥] حدود الأرض[٦].

٣٤٨ ـ وتبعا لملكية العمق، يكون للمالك ـ مثلا ـ أن يستخرج من جوف أرضه مابها من أحجار، وأن يمدّ بها المواسير، ويحفر فيها القنوات. . الخ. وله أن يمنع الغير عن إتيان أيٍّ من هذه الأعمال في عمق أرضه ولو لم يصبه من ذلك ضرر. وله أن يطالب بقطع الجزء من جذور أشجار الجار التي امتدت إلى باطن أرضه، دون إخلال بحقه في التعويض عن الأضرار التي تكون قد سبّبتها له هذه الجذور، كما لو كانت أتلفت مزروعاته[٧].

بل يؤسس البعض على امتداد حق الملكية لعمق الأرض، حق المالك في الكنز[٨] المدفون أو المخبوء في الأرض، الذي لا يستطيع أحد أن يثبت ملكيته له[٩].

---

(١) راجع سابقا بند/٥، ٦.

(٢) راجع في تنظيم ملكية العلو والعمق في القانون الفرنسي، والقيود التي ترد على هذه الملكية: رينو الصفحات من ١٤٩ ـ ١٥٣ البنود ٩٩ ـ ١٠٤، شاباس الصفحات من ١١٠ ـ ١١٩ البنود ١٣٥٧ ـ ١٣٦٩.

(٣) في هذا المعنى محمود جمال الدين زكي بند/٢٣.

(٤) أنظر من تطبيقات القضاء لملكية العلو: نقض ٢٣/٥/١٩٤٠ (خلف ١-٧)؛ نقض ٣/١١/١٩٥٥ (خلف ٢-٧).

(٥) (٦) محمود جمال الدين زكي بند/٢٤.

(٧) أنظر من تطبيقات القضاء الفرنسي في هذا المعنى:

Paris, 13/12/1960, J.C.P. 1961-2-11937 et note MAZEAUD (J), Civ. 6/4/1965, J.C.P. 1965-2-14244, R.T. 1965, P. 629 et obs BREDIN.

(٨) كله، كما هو الحال في القانون المصري، أو أربعة أخماسه كما هو الحال في القانون الكويتي (م/٨٧٧).

(٩) أشار لهذا الإتجاه (دون أن يبين القائلين به)، محمود جمال الدين زكي بند/٢٥.

٣٤٩ ـ وتبعا لملكية العلو يكون للمالك ـ مثلا ـ أن يرتفع بطوابق بنائه قدر استطاعته (في حدود ما تسمح به طبعا لوائح التنظيم). وله أن يمنع الغير من الإفادة من هذا الفضاء بمدّ أسلاك فيه مثلا أو ترك فروع أشجاره تمتد إليه[١]. ويعتبر جريمة في القانون الفرنسي صيد طائر في علو ملك الجار، يقال لها جريمة الصيد[٢] Délit de chasse

٣٥٠ ـ وتفريعاً على كون الأصل هو امتداد ملكية الأرض لما تحتها من عمق ولما فوقها من علو، أقام المشرع، بالمادة/ ٨٨٠ قرينة مؤداها أن «كل ما على الأرض أو تحتها من بناء أو منشآت أخرى أو غراس، يعتبر من عمل مالك الأرض أقامه على نفقته ويكون مملوكا له. . .». لكن هذه القرينة بسيطة يجوز نقضها بالدليل العكسي (م/ ٨٨٠). وقد سبق بيان ذلك عند دراستنا للالتصاق كسبب من أسباب كسب الملكية[٣].

٣٥١ ـ على أن امتداد ملكية الأرض لعمقها وعلوها لا يكون مطلقا. فتفريعا على فكرة الوظيفة الاجتماعية لحق الملكية، ينبغي ألا يتجاوز حق المالك الحدود التي له فيها فائدة من الاستئثار بباطن الأرض وما يعلوها من فضاء. فالملكية ولو أنها تخول المالك ـ بحسب الأصل ـ كل ما يتصور من سلطات للانتفاع بالشيء الذي يملكه، إلا أن ذلك ينبغي أن يكون في حدود الانتفاع المألوف. ولهذا جعل المشرع ملكية عمق الأرض وعلوها مقصورة على «الحد المفيد في التمتع بها» (م/ ٨١٢). وقيّد الحد المفيد بأنه الذي يكون كذلك «وفقا للمألوف»، حتى يضع حدا لما يمكن أن يدعيه المالك من وجود منفعة له في الاستئثار بما في باطن الأرض أو فيما يعلوها من فضاء.

وهكذا لا يكون للمالك ـ مثلا ـ أن يعترض على عمل يقام في عمق أرضه على مسافة من سطحها لا تكون له معها أية مصلحة في منعه، كمد أنابيب المياه أو أسلاك الهاتف في باطن الأرض على مسافة من سطحها لاتتضمن أي ضرر به. بل لا يكون له هذا

---

(١) أنظر: Civ. 23/1/1975, G.P. 1975-1-Somm-74, Civ. 17/7/1975; Bull, T. 3, No. 262.
والحكم الأخير يؤكد أن حق المالك في مطالبة جاره بقطع فروع أشجاره الممتدة فوق علوه، غير قابل للسقوط بالتقادم imprescriptible.

(٢) أنظر من تطبيقات القضاء: Crim. 24/12/1954, G.P. 1958-1-199
وفي الفقه العربي، يرى البعض أيضا أنه «إذا اصطاد المالك، وهو في أرضه، طيرا فوق أرض جاره، كان في هذا اعتداء على علو هذا الأخير» أنظر محمود جمال الدين زكي بند/ ٢٤.

(٣) راجع سابقا بند/ ٥٨.

الاعتراض ولو كانت له مصلحة في منع مثل هذه الأعمال إن كانت هذه المصلحة «لاتتناسب مع الضرر الذي يلحق بالغير» (م/٣٠ـج) من هذا المنع، لأنه يكون إذْ ذاك متعسفا في استعمال حقه.

كما لا يكون له أن يمنع ـ كذلك ـ شركات الطيران العالمية من عبور طائراتها لما يعلو أرضه من فضاء . . وهكذا.

جواز الخروج على الأصول السابقة:

٣٥٢ ـ على أن اشتمال الملكية لأجزاء الشيء ومنتجاته وملحقاته، وكذلك امتداد ملكية الأرض لما تحتها ومافوقها، إن كان هو الأصل في حق الملكية، إلا أن القانون قد ينص على خلافه، كما قد يرد في تصرف قانوني ما يخالفه سواء أكان التصرف عقدا أو وصية.

فالقانون مثلا ولاعتبارات المصلحة العامة، يستثنى مواد المناجم والمحاجر وآبار البترول من امتداد ملكية صاحب الأرض، التي تتضمنها، لها ويجعل ملكيتها للدولة[1].

وقد يبيع المالك ثمار الشيء أو منتجاته أو حتى بعض أجزائه (كأبواب المنزل) فتنفصل ـ بعقد البيع ـ ملكية الشيء عن ملكية المبيع. وقد يحدث مثل هذا الإنفصال بالوصية، كأن يوصى شخص لآخر بملكية الطابق العلوي في الدار مع حق القرار على السفل . . وهكذا.

لذلك استدركت المادتان/ ٨١١، ٨١٢ على الأصول المقررة بهما، على ما بيناه، قائلتين: «مالم يوجد نص أو تصرف قانوني يخالف ذلك».

---

(١) وقد أشارت إلى ذلك ضمنا، المادة/ ٨٧٩ حين قضت بأن «الحق في . . . و . . . وما في باطن الأرض من معادن تنظمه تشريعات خاصة».

المبحث الثاني

القيود التي ترد على الملكية

تمهيد، وتقسيم:

٣٥٣ - أشرنا إلى أن الملكية لم تعد - في العصر الراهن - حقا مطلقا للمالك يمارسه دون ما أي قيد، وإنما يتقيد هذا الحق بالعديد من القيود، التي تمليها، في بعض الأحيان اعتبارات المصلحة العامة، وفي أحيان أخرى إعتبارات المصلحة الخاصة. والجامع في الحالتين ضمان أن تؤدي الملكية مالها من وظيفة اجتماعية.

وقد أشارت إلى مبدأ إمكان تقييد الملكية، المادة/١٦ من الدستور حين نظرت لها، مع رأس المال والعمل، كمقومات أساسية لكيان الدولة، على أنها جميعها «حقوق فردية ذات وظيفة إجتماعية ينظمها القانون». كما أشارت إلى إمكان تقييد سلطات المالك، المادة/٨١٠ مدني، فهي إذ جعلت «للمالك الشيء أن يستعمله وأن يستغله وأن يتصرف فيه» استدركت قائلة «في حدود القانون».

٣٥٤ - والقيود الواردة على الملكية، بعضها يرد على حرية التملك أصلا[1]، فيما يرد البعض الآخر على حق الملكية بعد قيامه.

ونعالج كلا من هاتين الطائفتين من القيود في مطلب مستقل.

---

(١) فهي إذن ليست قيودا واردة على حق الملكية، لأن الشارع يقررها قبل قيام هذا الحق أصلا، إما لمنع قيامه أو لتحديد سعته. في هذا المعنى: محمود جمال الدين زكي بند/٣٢.

المطلب الأول

القيود الواردة على حريـــة التملك

تحديد إطار الدراسة :

٣٥٥ ـ إذا كانت حرية التملك هي إحدى الضمانات الأساسية التي تكفلها الدساتير للأفراد، إلا أن هذه الحرية قابلة للتنظيم. وقد يقيد المشرع منها لاعتبارات عديدة، يتصل بعضها بالمصلحة الوطنية.

وهذه القيود ليست ـ في الحقيقة ـ من موضوعات القانون المدني، حيث يرد بها ـ عادة قوانين خاصة تخرج بطبيعة الحال من إطار هذا المؤلف.

وأبرز هذه القيود يتعلق بتملك العقارات، إذ تحظره غالبية القوانين المقارنة، على الأجانب، كأصل عام، وإن أجازته لهم في حالات استثنائية محددة. وهذا هو المسلك الذي اتبعه المشرع الكويتي.

ويوجّه هذا الحظر مالتملّك العقارات من صلة بسيادة الدولة وأمنها.

ونحن نقتصر ـ في هذا الموضع ـ على دراسة هذا الحظر بحسبانه أبرز القيود الواردة على حرية التملك، موجزين عرضه بالقدر الذي تقتضيه الدراسة، ومحيلين في تفاصيله الأوفى إلى الكتابات الخاصة فيه[1].

حظر تملك غير الكويتيين للعقارات في الكويت (الأصل ـ والاستثناءات) :

النصوص التشريعية :

٣٥٦ ـ ينظم تملك غير الكويتيين للعقارات في الكويت، حاليا، المرسوم بالقانون

---

(١) أنظر، مثلا بدر جاسم اليعقوب: الأحكام القانونية لتملك غير المواطنين العقارات في دول الخليج والجزيرة العربية. بحث مقدم إلى ندوة توحيد تشريعات القانون الخاص بدول الخليج والجزيرة العربية ١٩٨٧.
وأنظر أيضا: إبراهيم الدسوقي أبو الليل: الحقوق العينية الأصلية ج/١، أحكام حق الملكية، مطبوعات جامعة الكويت ١٩٩٠ الصفحات من ٨٨ ـ ٩٤ البنود من ١٠٧ ـ ١١٢.

رقم/٧٤ لسنة ١٩٧٩[1]. وهذا المرسوم يمثل القواعد العامة في هذا الشأن.

وإلى جانب هذا التنظيم العام هناك تنظيمات خاصة برعايا بعض الدول الخليجية (كالسعودية، والبحرين، والإمارات، وقطر) بمقتضى اتفاقيات أبرمتها الكويت مع هذه الدول، صدرت، بتنفيذها مراسيم بقوانين في الفترة ما بين ١٩٧٧ - ١٩٧٩. وتنظيمات أخرى خاصة بمواطني دول مجلس التعاون الخليجي، بمقتضى الإتفاقية الإقتصادية الموحدة لدول هذا المجلس الموقعة بمدينة الرياض سنة ١٩٨١ والتي صدقت عليها الكويت بالقانون رقم/٥٨ لسنة ١٩٨٢. وأحكام هذه الإتفاقية لا تخل بأي حقوق أفضل لرعايا هذه الدول كانت سارية في الماضي أو تمنحها في المستقبل كل أو بعض الدول الأعضاء.

ونقتصر - في هذا الموضع - على دراسة التنظيم العام لتملك غير الكويتيين للعقارات في الكويت الصادر بالمرسوم رقم/٧٤ لسنة ١٩٧٩.

الأصـــل العـــام:

٣٥٧ - ويتضح من أحكام هذا المرسوم أن الأصل العام هو حظر تملك غير الكويتيين للعقارات في الكويت، والاستثناء جوازه في حالات محددة وبشروط محددة:

فتنص المادة الأولى من هذا المرسوم على أن: «حق تملك العقارات في الكويت مقصور على الكويتيين، ويشمل ذلك حق الملكية التامة وملكية الرقبة أو حق الإنتفاع...». كما تنص المادة الثامنة (فقرة/١) منه على أن: «يحظر على الشركات التجارية التي يشترك فيها شركاء غير كويتيين تملك العقارات».

الاستثناءات:

٣٥٨ - لكن المشرع خرج على هذا الأصل في عدة حالات استثنائية، وبشروط محددة:

---

(١) أما بداية هذا التنظيم فكانت بمقتضى قانون التسجيل العقاري رقم ٥ لسنة ١٩٥٩، الذي تعدلت المادة الخامسة منه فيما بعد بمقتضى القانون رقم ٥ لسنة ١٩٦٢.

فبمقتضى المادة/٢ من المرسوم[1] «يجوز للدول العربية والأجنبية، أن تتملك العقار المخصص لسفارتها أو مفوضيتها وقنصليتها، وكذلك سكن رئيس البعثة الدبلوماسية، بشرط المعاملة بالمثل وصدور مرسوم بالإذن لها بالتملك، على ألا تزيد مساحة العقار أو العقارات المراد اكتساب ملكيتها على أربعة آلاف متر مربع للدولة الواحدة.

ويستثنى من شرط الحد الأعلى للمساحة المشار إليه في الفقرة السابقة السفارات والقنصليات التي تملكت مساحة تزيد على هذا القدر قبل العمل بهذا القانون»[2].

وبمقتضى المادة/٣ من المرسوم: «يجوز للعربي المنتمي بجنسيته إلى بلد عربي أن يكتسب ملكية عقار واحد في الكويت في إحدى المناطق السكنية التنظيمية، إذا صدر مرسوم بمنحه هذا الحق[3] ويكون التملك بالشروط الآتية:

أ ـ أن يكون طالب التملك مقيما بالكويت إقامة دائمة مشروعة، وأن يكون دخله يسمح له بشراء العقار المطلوب تملكه، وألا تكون قد صدرت في حقه أحكام مخلة بالشرف أو الأمانة طوال مدة إقامته بالكويت.

ب ـ أن يخصص العقار كله للسكن الخاص بطالب التملك وأسرته.

ج ـ ألا تزيد مساحة العقار المراد اكتساب ملكيته على ألف متر مربع.

---

(١) معدلة بالقانون رقم ١٩٨٦/١١٩.

(٢) وقد أفتت إدارة الفتوى والتشريع ـ في ظل القانون رقم ٥ لسنة ١٩٥٩ الذي تضمنت المادة الخامسة منه حكما مطابقا ـ بأن خلو هذا القانون من قيود على اختيار الدول الأجنبية لأماكن بعثاتها الدبلوماسية «لا يمنع من تحديد مناطق معينة لدور هذه البعثات وذلك من الناحية التنظيمية، واستنادا إلى سلطة بلدية الكويت بموجب القانون رقم١٥ السنة ١٩٧٢ من وضع المخططات الهيكلية العامة ومخططات المناطق واستحداث وتنظيم المناطق السكنية والتجارية والصناعية وغيرها». وقد انتهت من ذلك إلى أن «الأمر بيد حكومة الكويت، إن شاءت وافقت على ترك الحرية في اختيار الأرض في أي مكان دون قيد على أساس المعاملة بالمثل، وإن شاءت قيدت ذلك بمنطقة السفارات مع احتمال تعرضها للمعاملة بالمثل» فتوى رقم ١٨٩٦/٢ بتاريخ ١٩٧٤/١/٢١، (مجموعة المبادىء التي قررتها إدارة الفتوى والتشريع خلال خمس سنوات من ١٥ سبتمبر ١٩٧٠ إلى ١٤ سبتمبر ١٩٧٥، المجموعة الثانية ص/٩٣ رقم/٧٢.

(٣) وكان الأمر ـ في ظل قانون التسجيل العقاري رقم/٥ لسنة/١٩٥٩ مناطا بموافقة «الحكومة الكويتية» على هذا التملك. وقد جاء في فتوى لإدارة الفتوى والتشريع أن توافر الشروط المقررة قانونا لهذا التملك «لا يعني قيام حق الطالب في التملك. بل إن حقه في التملك لا ينشأ إلا بموافقة حكومة الكويت على منحه إياه» ومن هذا القرار. «وهي ـ أي الحكومة ـ تترخص في منح هذا الحق أو رفضه وفق ما تراه محققا للمصلحة العامة، ولها أن تضع إجراءات الطلب والقواعد التي تسير عليها الجهات المختصة بفحصه ودراسته، ثم تصدر فيه القرار المناسب في كل حالة على حدة حسب ظروفها وملابساتها». فتوى رقم ١٥٥٤/٢ بتاريخ ١٩٧٢/٦/٢١ (المجموعة السابقة ص/٩٥ رقم/٧٤).

د ـ ألا يكون مالكا لعقار آخر في الكويت.

هـ ـ شرط المعاملة بالمثل في البلد الذي ينتمي إليه طالب التملك.

و ـ ألا تكون ملكية العين حصة شائعة مع كويتي».

وهذه الشروط تمثل الحد الأدنى لما يجب توافره حتى يمكن أن يتملك من ينتمي بجنسيته إلى بلد عربي عقارا في الكويت، إذ أضافت المادة/٣ سالفة الذكر في عجزها، قولها «ويجوز لمجلس الوزراء إضافة شروط أخرى»[1].

وبمقتضى الفقرة/٣ من المادة الثامنة من المرسوم: «... يجوز للشركات المساهمة التي يشترك فيها شركاء غير كويتيين، ولا يكون من بين أغراضها التعامل في العقارات، تملك العقار اللازم لإدارتها أو لتحقيق أغراضها، إذا صدر مرسوم بمنحها هذا الحق...».

جزاء مخالفة الحظر:

٣٥٩ ـ وجزاء الخروج على أصل حظر تملك غير الكويتيين للعقارات في الكويت، أو على شروط التملك في الحالات الاستثنائية التي يجوز فيها، هو بطلان التصرف

---

(١) وينظم المرسوم قيودا على حرية احتفاظ المالك، عربيا أو غير عربي، بما آل إليه من ملكية عقار بطريق الميراث. فتقضي المادة/٤ بأنه: «إذا آل إلى المتملك طبقا للمادة السابقة عقار آخر أو جزء منه بطريق الميراث، وجب عليه التصرف في أيها خلال سنة ميلادية من تاريخ أيلولة الملكية إليه بحيث لا يبقى له إلا عقار واحد. فإذا لم يقم بالتصرف فيه خلال هذه المدة بيع جبرا عنه بناء على طلب الحكومة طبقا للإجراءات المنصوص عليها في قانون المرافعات المدنية والتجارية لبيع العقار جبرا.

وإذا ورث العربي عقارا أو جزءا منه ولم يكن مالكا لعقار غيره، وجب عليه التصرف فيه خلال سنة من تاريخ أيلولته إليه وإلا بيع جبرا عنه وفقا لما سلف، مالم يصدر مرسوم باعفائه من هذا التصرف.

أما إذا آل إلى غير العربي عقار أو جزء منه بطريق الميراث فيجب عليه التصرف فيه خلال المدة المنصوص عليها في الفقرة السابقة وإلا بيع جبرا عنه، ويستثنى من ذلك الزوجة إن كان لها ولد من المورث وتسري في حقها أحكام الفقرة السابقة».

كما تنظم المادة/٥ من المرسوم تملك غير الكويتي، بغير طريق الميراث، لعقار بعد إذ تصرف فيما تملكه من عقار بمقتضى هذا المرسوم، فتقضي بأنه: «إذا تصرف المالك في العقار الذي تملكه لم يجز له تملك غيره بغير طريق الميراث قبل مضي خمس سنوات من تاريخ التصرف في العقار الأول، إلا إذا كانت ملكيته مقصورة على حصة شائعة في العقار الأول ويريد تملك عقار بأكمله، أو نزعت ملكية عقاره للمنفعة العامة ويريد تملك غيره».

أما المادة/٧ فتقضي بأنه «لا يقبل طلب تملك جديد ممن سبق له تملك عقار واتضح أنه استغله بغير الطريق المبين في القانون».

بطلانـا مطلقـا. إذ تقضي المـادة/٩ من المرسوم بأن: «يقع باطلا كل تصرف يتم بالمخالفة» لأحكامه «ولا يجوز تسجيله، ويجوز لكل ذي شأن وللحكومة طلب الحكم بهذا البطلان، وعلى المحكمة أن تقضي به من تلقاء نفسها».

حكم بيع العقار لكويتي من خلال غير كويتي:

٣٦٠ - قد يبرم شخص عقد مع غير كويتي، يلتزم بمقتضاه ببيع عقاره له أو لأي شخص آخر يدبّره المشتري.

وطبيعي أن يكون هذا البيع باطلا بطلانا مطلقا فيما لو لم يدبّر المشتري شخصا آخر بدلا منه ينصرف إليه البيع، أو بعبارة أخرى فيما لو استقر هذا البيع على رأس هذا المشتري غير الكويتي. ونفس الحكم فيما لو دبّر بدلا منه غير كويتي أيضا، فالبيع يكون، في النهاية، قد تم لغير كويتي فيقع باطلا.

لكن التساؤل يثور عن الحكم فيما لو دبّر المشتري كويتيا ينصرف إليه هذا البيع.

طرح هذا التسؤل على إدارة الفتوى والتشريع، حيث كان مورث أبرم - قبل وفاته - اتفاقا مع أردني تعهد بمقتضاه أن يبيع إلى هذا الأخير أو من ينيبه، جميع حقوق البائع في بيت بإحدى مناطق الكويت، وحيث كان الإبن الأكبر للمورث أقر كتابة عن نفسه وبصفته وكيلا عن باقي الورثة الراشدين بصحة هذا العقد وعدم اعتراضهم عليه وعدم ممانعتهم في تسجيل البيع إلى المشتري في حالة موافقة الجهات المختصة على التسجيل إلى غير كويتي.

وفي الإجابة عليه قالت الإدارة أنه «مالم يصدر مرسوم بمنح» المشتري (الأردني)» حق اكتساب ملكية عقار في الكويت. . . فإن العقد المذكور يقع باطلا بطلانا مطلقا ولا يجوز تسجيله وللإدارة أن تتمسك بهذا البطلان». لكن لما كان العقد المذكور قد تضمن التزام المورث بالبيع لأي شحث يدبّره المشتري، فإنه إذا ثبت لدى الإدارة أن المشتري الأردني قد قدّم بدلا عنـه شخصـا آخـر كويتيا، فإن التزامات البائع في ذلك العقد تنصرف إلى المشتري الكويتي، ويكون العقد صحيحا وبريئا من أي بطلان وتلتزم الإدارة بصفتها باتخاذ إجراءات تسجيله. . .». وخلصت من ذلك إلى أنه، أحد أمرين «إمـا أن يصدر للمشتري مرسوم بمنحه حق تملك العقار. . . أو أن يقدّم بدلاً عنه مشتريا كويتيا»، مؤكدة أنه «لا يكون في ذلك تحايل على القانون، لأن البيع تم لصالح المشتري الأجنبي أو من يختاره بدلا منه، وهذا اتفاق لمصلحة الغير، وهو جائز قانونا،

وإن كان لشخص غير معين عند التعاقد»[1].

وقد عالجنا ـ بتفاصيل أوفى، مشكلة التراضي على البيع لمشترٍ تحت التعيين (أو التراضي على البيع مع احتفاظ المتعاقد مع البائع بحق تعيين شخص المشتري خلال مدة محددة وإلا التزم هو بالصفة)، في أحد مؤلفاتنا، فنحيل إليه[2].

---

(١) فتوى رقم ٢/٤٢٤٢ في ١٩٨١/٧/١٥ منشورة بـ مجموعة المبادىء التي قررتها إدارة الفتوى والتشريع من أول أكتوبر ١٩٨٠ حتى آخر سبتمبر ١٩٨١ المجموعة ٧ ص/٣١٢ رقم/١٢٥.

(٢) أنظر: محمد شكري سرور: شرح أحكام عقد البيع، الناشر دار النهضة العربية بالقاهرة ١٩٩١ الصفحات من ١٤٩-١٥٣ البنود من ١٢١ ـ ١٢٤.

المطلب الثاني

القيود الواردة على حق الملكية

(بعد قيامه)

قيود قانونية، وقيود مشروطة (أو إرادية)، تقسيم:

٣٦١ ـ فضلا عن القيود التي ترد على حرية التملك أصلا، ترد القيود كذلك على حق الملكية بعد قيامه. وبعض هذه القيود قيود قانونية حيث يفرضها نص القانون نفسه، فيما يتقرر البعض الآخر بمقتضى شرط (أو بند) يغلب أن يكون واردا في عقد، وإن ورد أحيانا في وصية.

ونعالج كلا من القيود القانونية، والقيود الإرادية في فرع مستقل.

الفرع الأول

القيود القانونية

تحديد إطار الدراسة، تقسيم:

أشرنا إلى أن حرية المالك في استعمال ملكه واستغلاله والتصرف فيه ليست مطلقة وإنما ترد عليها القيود.

ونقتصر في هذا الموضع على دراسة القيود الواردة على حق الملكية في نصوص المجموعة المدنية[١،٢]، أو التي تعتبر تطبيقا لبعض نصوص هذه المجموعة[٣].

---

(١) وبدهي أن حق الملكية يكون مقيدا إذا ما تقرر على الشيء المملوك حق لشخص آخر غير المالك. وأمثال هذه القيود لا تحتاج إلى تنظيم خاص بها في باب الملكية، فلم ينص المشرع لذلك عليها في هذا الباب ومن أمثلتها أن يتقرر لغير المالك حق انتفاع على الشيء المملوك، أو حق رهن... الخ، فتكون سلطات المالك محددة حتما نتيجة لوجود هذه الحقوق.

(٢) وقد آثر المشرع الكويتي استبعاد النص على بعض القيود التي تنظمها تشريعات أخرى، كالقانون المصري، إما لعدم الحاجة إلى النص عليها وإما لاعتبارات تتعلق بالظروف الخاصة بدولة الكويت.

فقد، رؤي مثلا، أنه لا داعي للنص على أن المالك يجب عليه أن يراعي في استعمال حقه ما تقضي به =

والملاحظ في هذه القيود جميعها أنها قيود مقررة للمصلحة الخاصة. والجامع بينها أن ما يمليها هو الجوار في الملك. بعضها يفرضه الجوار بوجه عام، ويفرض بعضها الآخر الجوار المتلاصق أو بتعبير آخر التلاصق في الجوار.

ونعرض لكل من هاتين الطائفتين من القيود في محور مستقل.

= القوانين والمراسيم واللوائح المتعلقة بالمصلحة العامة أو المصلحة الخاصة (م/٨٠٦ مدني مصري)، أو النص على أن المصانع والآبار والآلات البخارية وجميع المحال المضرة بالجيران *يجب أن تنشأ على المسافات المبينة في اللوائح وبالشروط التي تفرضها* (م/٨٢٢ مدني مصري)، إذ مثل هذه النصوص لا فائدة منها، بمعنى أنه يستوى في العمل وجود النص أو عدم وجوده، فمراعاة القوانين واجب تفرضه تلك القوانين ذاتها. أنظر المذكرة الإيضاحية للقانون المدني الكويتي تعليقا على النصوص المنظمة للقيود الواردة على حق الملكية.

(٣) ونقصد بذلك قيد عدم الغلو في استعمال حق الملكية، الذي اعتبرته المذكرة الإيضاحية للقانون المدني الكويتي تطبيقا للنص العام على عدم جواز التعسف في استعمال الحق، المقرر بالمادة/٣٠ من المجموعة المدنية، حيث جعل المشرع، في الفقرة/د منها، الاستعمال الذي يترتب عليه ضرر غير مألوف، أي ضرر فاحش، صورة من صور التعسف في استعمال الحق. أنظر المذكرة الإيضاحية تعليقا على النصوص المنظمة للقيود الواردة على حق الملكية.

المحــور الأول
القيود التي يفرضها الجوار بوجه عام
(عدم الغلو في استعمال حق الملكية)

السند التشريعي لهذا القيد:

٣٦٢ ـ إن مؤدي ما للملكية من وظيفة اجتماعية، أنه إذا ما تعارض حق المالك مع مصلحة خاصة هي أَوْلَى بالرعاية منه، فإن هذه المصلحة الخاصة هي التي تقدّم. فما ينبغي استعمال حق الملكية فيما يضر بالغير ضررا غير مشروع، ولا يدخل هذا في وظيفتها الاجتماعية.

ومن أبرز تطبيقات تقديم المصلحة الخاصة على حق المالك، لكونها أولى بالرعاية منه، مصلحة الجيران في تفادي المضار التي تنجم عن استعمال جارهم لملكه مادامت هذه المضار غير مألوفة *تتجاوز مضار الجوار العادية*.

لذلك تتدخل بعض التشريعات، في القوانين المقارنة، وتفرض قيداً خاصا على حرية المالك في استعمال ملكه، لمصلحة جيرانه. فتلزمه بعدم الغلوّ في استعمال هذا الملك إلى الحد الذي يضر بملك الجار ضررا يتجاوز الحد المألوف[1]. ومن هذه التشريعات، التقنين المدني المصري الذي تقضي المادة/٨٠٧ منه، بأنه:

«١ ـ على المالك ألا يغلو في استعمال حقه إلى حد يضر بملك الجار».

«٢ ـ وليس للجار أن يرجع على جاره في مضار الجوار المألوفة التي لا يمكن تجنبها، وإنما له أن يطلب إزالة هذه المضار إذا تجاوزت الحد المألوف، على أن يراعي في ذلك العرف، وطبيعة العقارات، وموقع كل منها بالنسبة إلى الآخر، والغرض الذي خُصصت له. ولا يحول الترخيص الصادر من الجهات المختصة دون استعمال هذا

---

(١) وغني عن البيان أن المالك ملتزم، أصلا، في استعماله لملكه بأن يتخذ الاحتياطات الضرورية لعدم الإضرار بالغير، وتقصيره في هذا الشأن يمكن أن يعرضه للمسئولية طبقا للقواعد العامة. كما أنه ملتزم أصلا بالتقيد بالحدود الموضوعية لحقه وعدم الخروج عليها بما يشكل اعتداء على الحدود الموضوعية لحق غيره.

الحق»[1].

٣٦٣ ـ وإذا كانت المجموعة المدنية الكويتية لم تتضمن نصًا مماثلا فلم يكن ذلك عزوفاً من المشرع عن الأخذ بحكمه، وإنما ـ كما تقول المذكرة الإيضاحية ـ لما رأى فيه من كونه مجرد تطبيق للنص العام على عدم جواز التعسف في استعمال الحق، المقرر بالمادة/ ٣٠، حيث جعل المشرع من الاستعمال الذي يترتب عليه ضرر غير مألوف، أي ضرر فاحش، صورة من صور التعسف في استعمال الحق[٢،٣].

فإذا ما كان ذلك، فلا نجد غضاضة في عرض هذا القيد في ضوء الموجّهات الواردة بنص المادة/ ٨٠٧ مدني مصري.

معيار الغلو الذي يرتّب مسئولية المالك (الضرر غير المألوف):

٣٦٤ ـ إن للجوار مضاره، ما في ذلك من شك، لكن الحياة من ناحية أخرى يجب أن تستمر، الأمر الذي يفرض على الجار أن يتحمل قدرا من مضار جيرانه، وهي المضـار المـألوفة، أو كما وصفها المشرع المصري «المضار التي لا يمكن تجنبها»، وإلاّ تعطلت الاستفادة بحقوق الملكية. أما فيما جاوز ذلك من مضار غير مألوفة، فلا يمكن

---

(١) ورغم عدم ورود نص مماثل لهذا في المجموعة المدنية الفرنسية، إلا أن الفقه والقضاء المعاصرين، يتقبلان هذا القيد، وإن اختلفت الآراء في الأسـاس الـذي يقـوم عليه، راجـع عرض لهذه الآراء: رينـو ص/ ٣٥٥، ٣٥٦ بند/ ٢٥٣ والهوامش، شاباس الصفحات من ٨٣ ـ ٨٩ البنود ١٣٤١، ١٣٤٢، وأنظر من الأحكام المقررة لهذا القيد:

Civ. 4/2/1971, J.C.P., 1971-2-16781 et note LINDON , Civ. 18/7/1984, Bull. To. 2, No. 136.

والأحكام العديدة الأخرى المشار إليها في الهوامش التالية.

(٢) إلى جانب الصور الثلاث الأخرى التي اقتصر عليها النص المصري المقابل (مادة/ ٥ مدني)، وهي: قصد صاحب الحق ـ في استعماله لحقه ـ الإضرار بالغير، وعدم تناسب المصلحة التي تترتب على هذا الاستعمال، البتة، مع الضرر الذي يلحق بالغير، وعدم مشروعية هذه المصلحة.

(٣) وعلى ذلك فلا محل في القانون الكويتي للجدل الذي يثور في الفقهين المصري والفرنسي حول ما إذا كان الغلو في استعمال حق الملكية يعتبر أو لا يعتبر صورة من صور التعسف في استعمال الحق راجع في هذا الشأن: السنهوري ج/٨ ص/٦٩٤، بند/٤٢٧ وهامش/١ من ص/٦٩٤، اسماعيل غانم بند/٦١، البدراوي ص/١١٨ بند/٧٨، الصده ص/٦٢، ٦٣ بند/٤٣ (وهؤلاء لا يعتبرونه كذلك، تأسيسا على أن المشرع، بنص المادة/ ٨٠٧ قد رسم حدا لحق الملكية، والخروج عليه يعد خروجا على حدود الحق وليس تعسفا في استعماله)، محمد علي عرفه بند/١٩٢، منصور مصطفى منصور بند/ ٢٥، كولان وكابيتان ودي لامور انديير، مشار إليهم في السنهوري ص/٧٠٤ هامش/٢)، ريبير وليبيا وكابالبرو (مشار إليهم في رينو ص/٣٥٦ هامش/٤) (وهؤلاء يعتبرونه تطبيقا خاصا للتعسف في استعمال الحق).

أن يتطلب من الجار أن يتسامح فيه، إذ يعتبر جاره حين يسبب له هذه المضار مغاليا في استعمال حقه.

٣٦٥ - ويدهي أن مسألة ما إذا كان الضرر مألوفا أو غير مألوف إنما هي مسألة نسبية، تختلف من مكان لآخر، ومن زمان لآخر[١]. والمعيار فيها، معيار موضوعي، تترك سلطة تقديره للقاضي الذي يعتد في ذلك بظروف كل حالة[٢]، بما يجعل منه معيارا مرنا يصلح لمواجهة ما يمكن أن يصيب الحياة الاجتماعية من تطور. لذلك أوجب نص المادة/٨٠٧ على القاضي أن يهتدي في تقديره للمألوف وغير المألوف من المضار «بالعرف وطبيعة العقارات، وموقع كل منها بالنسبة إلى الآخر، والغرض الذي خصصت له».

والأمثلة القضائية كثيرة على مسئولية المالك عن الغلو، فقد قضي بأن شركة الفنادق التي تقيم جهازا لتوليد الكهرباء في ملحق فندق تملكه، تكون مسئولة عن الأضرار التي تصيب الجيران نتيجة الاهتزازات المستمرة الناشئة عن تشغيل الجهاز[٣]. وأن صاحب السينما يكون مسئولا عن الأضرار التي تلحق الجيران نتيجة الضجة التي تحدث ليلا عند انصراف المتفرجين[٤]. إلى غير ذلك من التطبيقات[٥].

٣٦٦ - ولما كان من المسلم به أن الأمور التي ذكرتها الفقرة الثانية من المادة/ ٨٠٧ مدني مصري ليستهدي بها القاضي في تقدير المألوف وعدم المألوف من المضار، قد وردت على سبيل المثال لا الحصر، كان من الضروري التساؤل عما إذا كانت الظروف

---

(١) في هذا المعنى: شاباس ص/٩٠، ٩١ بند/١٣٤٣.

(٢) في هذا المعنى: .Civ. 3/11/1977, D. 1978 - 434 et Note CABALLERO

(٣) مصر المختلطة في ١٩١٤/٥/٥ مشار إليه في السنهوري ص/٦٩٦ في الهامش.

(٤) .Civ. 12/1/1966, D. 1966-473

(٥) أنظر: مثلا: في خصوص الأضرار الناجمة عن الضوضاء المنبعثة من شقة:

Civ.3/1/1969, *D.* 1969-323, J.C.P. 1969-2-15920 et note MOURGEON, Lyon 23/12/1980. D. 1983-605 et note AUBERT, Paris 2/5/1983. G.P. 1983-2-457 et note MORAND.

وفي خصوص الضوضاء المنبعثة من مصنع:

Civ. 11/5/1966, D. 1966-753 et note AZARD, Civ., 27/4/1979 J.C.P. 1980-2-19408 et note MOUROCQ.

وفي خصوص انبعاث الغبار والأدخنة:

Civ. 22/10/1964, D. 1965-344 et note RAYMOND, J.C.P., 1965-2-14288 et note ESMEIN; Civ. 1/3/1977 Bull To. 1, No. 112, Civ. 9/11/1976 D. 1977-561 et note DENIS.

الشخصية الخاصة بمن لحقه الضرر (أو بعبارة أخرى، استعداده الشخصي[1])، يجب أن يأخذها القاضي في اعتباره أم لا، كما لو كان هذا الشخص مرهف الإحساس أو كان يشتغل بعمل ذهني يتطلب التركيز الشديد بحيث يتأثر من مجرد ضوضاء عادية.

هذه المسألة محل خلاف: فالبعض على أن أمثال هذه الظروف لا تدخل في الاعتبار أيا كانت، بمعنى أن الضرر غير المألوف يخضع - في تحديده - لمعيار مجرد لا أثر لحالة الجار الذاتية فيه[2]. فيما يفرق البعض الآخر في هذه الظروف بين غير العادية منها (أي الاستثنائية) وهذه لا تؤخذ في الاعتبار، والعادية وهذه يجب أخذها في الاعتبار[3]. فمثلا، في خصوص المضايقة الناجمة عن الضوضاء، لا تعتبر الضوضاء الخفيفة جدا التي لا يأبه لها إلا مريض بأعصابه ضررا غير مألوف ولو أحدثت به أزمات عصبية، فيما تعتبر الضوضاء التي تقلق محامي في مكتبه ضررا غير مألوف ولو كانت غير ملحوظة بالنسبة لغير مشتغل بعمل ذهني، لأن القيام بأعمال عقلية يعتبر أمرا عاديا. وفي فرنسا، كان القضاء استقر، بعد تردد، على أخذ الظروف الشخصية للمضرور في الاعتبار، فيقدر ما إذا كان الضرر مألوفا أو غير مألوف بالنسبة لكل مضرور على حدة[4]. لكن لوحظ - مؤخرا - أن بعض الأحكام أخذت تتجه نحو التقدير المجرد في هذا الشأن[5].

٣٦٧ - وقد انقسم الفقه كذلك، حول ما إذا كان الغرض الذي خصّص له عقار الجار الذي لحقه الضرر يدخل في الاعتبار عند تقدير ما إذا كان الضرر مألوفا، إلى فريقين: يرى أحدهما إهمال هذا الظرف تأسيسا على أن هذا الإعداد الخاص لا يعدو

---

(١) Réceptivité personnelle

(٢) فالعبرة - عند هذا البعض - بحالة الشخص المعتاد، وهو شخص من أوساط الناس، يزعجه ما يزعج الناس عادة ويتحمل ما جرى العرف بتحمله فيما بين الجيران. فيقاس على هذا الشخص كل جار فيما يعد ضررا غير مألوف بالنسبة إليه، ولو كان هذا الجار يتحمل أكثر مما يحتمل الشخص المعتاد فيكون له الغنم، أو كان يحتمل أقل مما يحتمل الشخص المعتاد فيكون عليه الغرم»، السنهوري ص/٦٩٧ بند/٤٢٩؛ ومن نفس الإتجاه: اسماعيل غانم ص/١١٧؛ محمد علي عرفه بند/١٩٣؛ عبد الفتاح عبد الباقي بند/٨٦-١؛ محمد لبيب شنب ص/٢٣٨ بند/٢٣٠؛ الصده ص/٦٦ وما بعدها بند/٤٣ (وهو يقول ص/٦٧ أنه وليس من المعقول أن تتغير الحدود المقررة لحق المالك في الاستعمال تبعا للظروف الخاصة بكل جار على حده»).

(٣) من هذا الاتجاه: منصور مصطفى منصور ص/٥٧؛ البدراوي ص/١٢٥ بند/٨٣؛ محمود جمال الدين زكي ص/٦٨ بند/٣٧.

(٤) أنظر الأحكام المشار إليها في شاباس بند/١٣٤٣ الهوامش ٦، ٧، ٨، ٩ وهو يقترب من أن يكون من نفس الاتجاه.

(٥) من هذه الأحكام، حكم استئناف كولمار في ٢٠/١/١٩٨٢ مشار إليه في شاباس بند/١٣٤٣ هامش/١١.

أن يكـون ظرفـا من الظروف الخاصة بالمضرور، وهي لا تؤخذ في الاعتبار. يضاف إلى ذلك أن نص المادة/٨٠٧ مدني مصري - إذ عبّر بصيغة الجمع عن العقارات، حين عدّد الظروف التي يجب مراعاتها لتقدير المألوف وغير المألوف من المضار فقال: «والغرض الذي خصصت له -» يفهم منه أن المشرع لا يقصد العقار الذي يملكه الجار وحده، وإنما كافة العقارات المحيطة بعقار المالك المراد مساءلته[1]. فيما يرى الفريق الآخر أنه طالما كان هذا الإعداد الخاص إعدادا عاديا مألوفا، فإنه يجب أن يؤخذ في الاعتبار[2].

٣٦٨ - وفيما يتعلق بأثر أسبقية استغلال الملك على نحو معين، نرى مع غالبية الفقه والقضاء، أن هذه الأسبقية لا يكون من شأنها أن تحرم الملّاك اللاحقين من حقهم في تعويض المضار غير المألوفة التي تنشأ عن الاستغلال السابق، اللهم إلا إذا كانت هذه الأسبقية أسبقية جماعية بحيث يكون من شأنها أن تحدد طبيعة الحي[3][4]. والقول بغير ذلـك من شأنـه أن يضـع الجار اللاحق أمام أحد أمرين: «فإما أن يختار نوع الاستغلال الذي اختاره من سبقه، أو أن يتحمل المضار الفاحشة دون أن يكون له حق الشكوى»[5].

أثر الترخيص الاداري:

٣٦٩ - يبقى أن نشير، إلى أن سبق حصول المالك على ترخيص من جهة الإدارة

---

(١) من هذا الاتجاه: الصده ص/٦٧ بند/٤٤، اسماعيل غانم بند/٦٢.

(٢) من هذا الاتجاه: البدراوي/١٢٦ بند/٨٣: شنب ص/٢٣٨ بند/٢٣٠، وقرب: السنهوري ص/٢٩٨ بند/٤٢٩، محمود جمال الدين زكي بند/٣٧، ص/٦٨.

(٣) من هذا الاتجاه: الصده ص/٦٨ بند/٤٥، اسماعيل غانم بند/٦٢، منصور مصطفى منصور ص/٥٦، محمد علي عرفه بند/١٩٣، محمد لبيب شنب بند/٢٣١ ص/٢٤٠، محمود جمال الدين زكي ص/٧٠ بند/٣٧، مصطفى الجمال بند/٦٢ ومن الفقه والقضاء الفرنسيين شاباس ص/٩٢ بند/١٣٤٤،
Civ. 10/2/1907. D. 1907-1-385 et note. RIPERT , Civ. 4/12/1935. G.P. 1935-2-950.
لمزيد من التفاصيل في أثر أسبقية الاستغلال الفردية والأسبقية الجماعية، أنظر:
BLAISE: Respossabilité et obligations coutumières dans les rapports de voisinage. R.T. 1965, P. 261 et s. No. 40 et SLAMARQUE et AGOSTINI: note D, 1976-22.

(٤) وعكس ذلك: استئناف مصر ١٠/١٢/١٩٢٧ (المحاماة السنة/٨ رقم/٣٢٦ ص/٤٩٨)، السنهوري ص/٧٠١ بند/٤٣١ حيث يقول: «لأن الجار هو الذي سعى إلى جوار المالك وهو عالم بما في هذا الجوار من مضار فيكون قد ارتضى به ضمنا» عبد العزيز عامر، حق الملكية ١٩٦٧ ص/٥٤، وقرب أنور طلبه ص/٢٧، وأخذ بنفس الاتجاه مجلس الدولة الفرنسي في أحد أحكامه الحديثة، أنظر:
Cons. Etat 30/10/1981, D. 1982- i.r.-113 et obs MODERNE.

(٥) الصده ص/٦٨ بند/٤٥، في نفس المعنى: شاباس ص/٩٢ بند/١٣٤٤.

باستعمال ملكه على نحو معين، لا يجعله بمنأى من المسئولية تجاه جيرانه عن المضار غير المألوفة لهذا الاستعمال، الأمر الذي حرصت على إبرازه المادة/٢/٨٠٧ مدني مصري حين قضت بأنه «ولا يحول الترخيص الصادر من الجهات المختصة دون استعمال هذا الحق». ويظل من حق هؤلاء الجيران أن يطالبوا بالتعويض العيني عن طريق الإزالة[١].
ولا يعدّ ذلك مساسا بالقرار الإداري الصادر بالترخيص[٢] لأن موضوع دعواهم ليس الطعن في هذا القرار، وإنما مسئولية المالك عن مجاوزة المضار المألوفة. فضلا عن أن التعويض العيني. كما هو معروف، هو الأصل، وأن المادة/٢/٨٠٧ التي تكلمت عن إمكان مساءلة المالك رغم الترخيص الإداري، قد تكلمت صراحة عن طلب «إزالة» المضار غير المألوفة، وأن منح الإدارة للترخيص يكون دائما على مسئولية المرخّص له نفسه[٣].

جـــزاء الغلـــو

٣٧٠ - إذا غلا المالك في استعمال ملكه، فأضر بجيرانه ضررا غير مألوف، في الحدود السابقة، كان مسئولا عن تعويضهم. ووسيلة هذا التعويض تترك بداهة للقاضي ليحكم بما يراه ملائما وفق ظروف كل حالة[٤]. فقد يقضي بإزالة مصدر الضرر[٥،٦] أو تعديل وضعه، أو بعدم استعماله في أوقات معينة.

وقد يُلزم المالك بأن يتخذ من الاحتياطات ما من شأنه أن يمنع حصول الضرر. كما يجوز له فضلا عن ذلك أن يحكم بتعويض الجيران عما نزل بهم في الماضي من أضرار. كل ذلك مع ملاحظة ضرورة إعمال المادة/٢٨٤ مدني التي تجيز للمدين (المالك) أن يقتصر على دفع تعويض نقدي إذا كان تنفيذ الالتزام عينا مرهقا له ولم يكن في الاكتفاء بالتعويض ضرر جسيم بالدائن (الجار).

---

(١) (٢) عكس ذلك محمد عرفه بند/١٩٦.

(٣) في هذا المعنى: شاباس ص/٨٩، بند/١٣٤٢.

(٤) Civ. 3/10/1974 D. 1975-151, Civ. 23/2/1982, G.P. 1982-Pan-225

(٥) Civ. 3/3/1966, Bull To, 2, P. 216; Paris, 7/4/1987 D. 1988 - somm - 15 et obs ROBERT; Paris 22/4/1975; G.P. 1975 - 2 - 618; Civ. 11/12/1970, Bull, To 3, No. 699.

(٦) ويديهي أنه لا يجوز للمضرور أن يتصف لنفسه بأن يزيل بنفسه مصدر الضرر. وإنما يتعين أن يلجأ في ذلك الى القضاء، وإلا تعرض هو نفسه للمسئولية اذا سبب بفعله هذا ضررا للجار. أنظر في هذا المعنى شاباس ص/٩٤، بند/١٣٤٥، ومن تطبيقات القضاء الفرنسي:
Civ. 4/2/1976, G.P. 1976-1-Somm-82.

المحـــور الثـــاني

القيود التي يفرضها التلاصق في الجوار

حصر هذه القيود:

٣٧١ - يثير التلاصق في الجوار مشاكل عديدة بين الجيران. ولعلاج هذه المشاكل فرض المشرع قيودا على الملكية تختلف باختلاف ظروف التلاصق بين الملكيات المتجاورة.

وقد ورد النص على هذه القيود في المادتين/٨١٣، ٨١٤ مدني. والأولى تتعلق بوضع الحدود الفاصلة بين الملكيات في الأراضي المتجاورة غير المبنية، فيما تتعلق الثانية بالقيود الواجب مراعاتها في الأبنية عندما يراد إقامة فتحات فيها على ملك الجار[١].

أ - وضـــع الحـــدود Le bornage [٢]

تمهيـــد:

٣٧٢ - في حالة وجود أرضين غير مبنيّتين متلاصقتين لمالكين مختلفين، فإن اتصال

---

(١) وإلى جانب هذه القيود تنظم بعض القوانين المقارنة، كالقانون المصري، قيودا أخرى، كالقيد الخاص بملكية الحائط الذي يفصل بين بنائين، من حيث تقيد حق المالك في هدمه إذا كان الهدم يضر الجار الذي يستتر ملكه بالحائط (م/٨١٨ مدني مصري)، وكذلك القيد الخاص بحق المرور القانوني الذي يتقرر لمالك الأرض المحبوسة عن الطريق العام على الأراضي المجاورة (م/٨١٢-٢ مدني مصري).

ولم يشأ المشرع الكويتي أن يعرض لهذه القيود «لعدم الحاجة اليها في الكويت».

كما آثر الا يعرض أيضا للقيود التي ترد على ملكية الأرض الزراعية ومرافقها كموارد المياه والصرف (المواد من ٨٠٨ - ٨١١ مدني مصري) تاركا أمرها للعرف وما قد تصدره الدولة في شأنها من تشريعات خاصة. أنظر المذكرة الايضاحية للقانون المدني تعليقا على النصوص المنظمة للقيود الواردة على حق الملكية.

(٢) راجع في تنظيم القانون الفرنسي لهذا القيد، شاباس البنود من ١٣٥٣ - ١٣٥٦، رينو البنود من ٢٥٥ - ٢٥٧.

HENRIOT et ROSSILLON: les servitudes de droit privé et de droit public, Paris, 1966, No. 99, *et s*; ISSELÉ et, LANNEREE: Servitudes, mitoyenneté, bornage, *clôture, Paris, 1974; BERAUD* et *DEBEAURAIN* : Mitoyenneté clôture, bornage, servitudes, Paris, 1981.

حدود كل منهما بحدود الأخرى قد يؤدي إلى صعوبة التعرف على الحد الفاصل بين كل منهما. وهو ماقد يثير المنازعات بين المالكين المتجاورين عند مباشرة كل منهما لحقه.

لذلك خرج المشرع على أصل حرية كل مالك في ملكه، ومن بين مظاهرها حريته في وضع أو عدم وضع علامات ظاهرة تبين حدود هذا الملك تمييزا له عن ملك الجار، وهيأ لكل من الجارين الوسيلة للتعرف على حدود ملكه في وضوح، بأن جعل لكل جار أن يجبر الآخر، بدعوى قضائية، على أن يسهم معه في وضع الحدود بين ملكيهما مع ما يستتبعه هذا الإجبار من تكبد الجار نفقات ربما ما كان يرغب في إنفاقها. فنصت المادة/٨١٣ على أن: «لكل مالك أن يجبر جاره على وضع حدود لأملاكهما المتلاصقة، وتكون نفقات التحديد مناصفة بينهما».

ويظهر مما تقدم أن المشرع يربط الحق في وضع الحدود، بالتلاصق في الملك[1]. ولما كان التلاصق حالة واقعية، فإن هذا الحق يثبت لكل من الجارين بقوة القانون لمجرد قيام هذه الحالة. ويظل باقيا مادام التلاصق قائما، فتجوز المطالبة به في أي وقت مهما مضى من زمن على قيامه[2].

كيفية وضع الحدود:

٣٧٣ - ويتم وضع الحدود، أولا، بتطبيق مستندات ملكية الجارين على الطبيعة لمعرفة الحد الفاصل بين ملكيهما، ثم توضع بعد ذلك علامات مادية ظاهرة، كأوتاد حديدية أو ما شابه ذلك، تميز هذا الحد.

التحديد الودّي والتحديد القضائي (دعوى تعيين الحدود):

٣٧٤ - والأصل في هذا الشأن أن يتم وضع الحدود بالاتفاق الودي بين الجارين، وهو ما يفترض أنهما متفقان سلفا على ملكية كل منهما لأرضه ومساحة الأرض التي يملكها. كل ما في الأمر أنهما غير مستوثقين من الحدود الفاصلة ما بين أرضيهما فيريدان الاستيثاق من ذلك ووضع علامات ظاهرة لتبين هذه الحدود.

وعادة مايكل الجاران هذه المهمة الى خبير مساحة يتفقان عليه، يحرر محضرا بما ينتهي

---

(١) ويمنع التلاصق، ومن ثم يغني عن تحديد آخر، أن يفصل بين الملكين طريق عام أو مجرى عام. إنما يظل التلاصق قائما، إذا كان ما يفصل بين الملكين هو طريق خاص أو مجرى خاص. في هذا المعنى: السنهوري ص/٧٤٧ بند/٤٦٠؛ الصده ص/١١١ بند/٧٩.

(٢) في هذا المعنى، الصده الموضع السابق.

إليه يوقّعه الجاران ويصبح سندا بما تم من تحديد ومن ثم ملزما لكل منهما، وإن جاز الطعن عليه بما يطعن به على العقود[1، 2] وبالأخص بالإبطال لنقص في الأهلية أو لعيب في الرضا[3].

٣٧٥ ـ أما إذا تعذر هذا التحديد الودّي، وهو أمر متصور للعديد من الأسباب، ككون أحد الجارين مثلا يرغب في تجنب نفقات هذا التحديد، أو لخشيته من ظهور زيادة في ملكه يكون قد اغتصبها... الخ، كان للجار الآخر أن يجبره على ذلك عن طريق اللجوء إلى القضاء. وتكون الدعوى التي يرفعها بطلب تعيين الحدود هي «جزاء الالتزام»[4] المفروض قانونا على كل مالك «بأن يشترك في وضع الحدود الفاصلة بين ملكه وملك الجار الملاصق إذا رغب هذا الأخير في ذلك»[5].

٣٧٦ ـ ودعوى تعيين الحدود[6] هي دعوى عينية عقارية[7]، من حيث كونها تتعلق بقيد أو بحق عيني على عقار[8]. وتختلف عن دعوى الاستحقاق وعن دعوى الحيازة بما لا يتسع المقام لتفصيله[9].

وتثبت هذه الدعوى للمالك، ولكل صاحب حق عيني على العقار كصاحب حق

---

(١) راجع في تكييف محضر التحديد الذي يوقعه المالكان بأنه عقد فيما بينهما: السنهوري ص/٧٤٢، بند/٤٥٧ شاباس بند/١٣٥٣ ومن القضاء الفرنسي:

Civ. 5/12/1968, Bull, To, 3, P. 407.

(٢) وانظر في تكييف هذا العقد بأنه عقد صلح، ومن ثم لا يجوز الطعن فيه بالإبطال لغلط في القانون ولا الطعن فيه بالغبن:

Paris, 19/12/1986, D. 1988 - somm - 13 et obs. ROBERT.

وهو تكييف ـ في اعتقادنا ـ منتقد؛ لأن الفرض هنا أن الجارين لا ينازع أي منهما الآخر في ملكيته لأرضه ولا لمساحتها حتى تكون بصدد صلح.

(٣) في هذا المعنى: السنهوري ص/٧٤٢، بند/٤٥٧: ومن التطبيقات القضائية (والطعن على هذا العقد بالابطال للغلط):

Civ. 3/11/1981, D. 1983 - i. r. 369 et note ROBERT.

(٤) (٥) الصده ص/١١٢، بند/٨٠.

(٦) وهي دعوى مسماه في القانون المصري، نظمها المشرع بالمادة/٤٦ مرافعات. أما في القانون الكويتي فحكمها متروك للقواعد العامة.

(٧) (٨) السنهوري ص/٧٤٣، بند/٤٥٨؛ وفي نفس المعنى: رينو ص/٣٥٨، بند/٢٥٧.

(٩) راجع في هذا الشأن: رينو الموضع السابق؛ السنهوري الموضع السابق.

الانتفاع[1]. إنما لا يجوز للمستأجر، ولا للمزارع (في المزارعة) رفع هذه الدعوى ولا أن يدخل طرفا فيها، فإن حقه هو شخصي، فليست له صفة في دعوى عينية كدعوى تعيين الحدود[2].

نفقـــات التحديد[3]:

٣٧٧ ـ وتكون نفقات التحديد ـ طبقا لصريح المادة/٨١٣ مناصفة بين المالكين ولو اختلفت مساحة أرض كل منهما عن أرض الآخر. ويوجّه هذا الحكم كون المالكين يتساويان في الفائدة التي تعود عليهما من وضع الحدود[4]. على أن يلاحظ أن ما يشترك فيه المالكان مناصفة، هو النفقات التي تلزم لوضع الحدود ذاتها «كثمن ونفقات المحضر الذي يحرر لبيان الحدود»[5]. أما ما يقتضيه التحديد من نفقات لمسح الأراضي المتجاورة فتكون على أصحابها، كل بحسب ما تتكلّفه أرضه[6].

حـــدود القيـــد:

٣٧٨ ـ إنما يقف القيد، محل البحث، عند حد وضع الحد الفاصل بين الملكين. فليس للجار أن يجبر جاره على تحويط (Clôture) ملكه من جميع جوانبه. وعلى هذا صريح المادة/٨١٨ـ ١ مدني مصري. وإذا لم يكن من مقابل لهذا النص في القانون الكويتي فلأن حكمه محض تطبيق للقواعد العامة، إذ الأصل أن يكون المالك حرا في استعمال ملكه، كما أن الأصل أن تكون الملكية خالية من القيود.

---

(١) أنظر المذكرة الايضاحية للقانون المدني الكويتي تعليقا على المادة/٨١٣، وفي نفس المعنى: رينو ص/٣٦٠، بند/٢٥٧.

(٢) السنهوري ص/٧٤٨ بند/٤٦٠ والفقه الفرنسي المشار إليه فيه هامش/٣؛ وأنظر أيضا أنور طلبه ص/٤٠.

(٣) لمزيد من التفاصيل في نفقات التحديد راجع رينو ص/٣٦٠ بند/٢٥٧.

(٤) في هذا المعنى: الصده ص/١١٣، بند/٨٠.

(٥) (٦) المذكرة الايضاحية للقانون المدني الكويتي تعليقا على المادة/٨١٣.

ب ـ قيـود الفتحـات[1]
(المطـلات والمنـاور)

تمهيـــد:

إذا كان للمالك، من حيث الأصل، أن يستفيد من ملكه أقصى استفادة ممكنة فيبنى مثلا على أطراف حدود أرضه، ويفتح في هذا البناء من الفتحات ما يشاء، إلا أنه، وفق الاتجاه الحديث في تقييد حق الملكية، يجب ألا يتسبب باستعمال ملكه على هذا النحو في مضايقة جيرانه وإيذاء مشاعرهم. ولذلك كان من الطبيعي أن يتقيد حق مالك البناء بضرورة ترك مسافات معينة بينه وبين ملك جاره إن شاء أن يفتح في ملكه من الفتحات ما يسمح له برؤية ملك هذا الجار. وتسمى هذا القيود بقيود المسافات. وتنقسم الفتحات إلى مطلات ومناور.

السند التشريعي لهذه القيود، ملاحظات:

٣٧٩ ـ وقد عني المشرع في بعض الدول، كمصر، بتنظيم قيود المسافات ضمن نصوص المجموعة المدنية المنظمة للقيود الواردة على الملكية، فحدد المقصود بالفتحات التي تخضع لقيود المسافات، وقدر هذه المسافة في الفروض المختلفة للفتحات، وكيفية قياسها[2].

وكان أمام المشرع الكويتي أن يختار بين هذه السياسة، وبين الاكتفاء، كما فعلت بعض التشريعات، بالإحالة في شأن هذه القيود إلى القوانين الخاصة التي تصدر

---

(١) راجع في تنظيم هذه القيود في القانون الفرنسي: شاباس بند/١٣٨٧ الصفحات من ١٣٢-١٣٤؛ رينو الصفحات من ٣٨١-٣٨٥ البنود من ٢٧٩ ـ ٢٨٢.

(٢) فحيث يتعلق الأمر ـ مثلا ـ بـ مطل مواجه، يجب ألا تقل المسافة المتروكة عن متر، وتقاس هذه المسافة من ظهر الحائط الذي فيه المطل أو من حافة المشربة أو الخارجة (م/٨١٩-١ مدني مصري). *أما إن كان المطل* منحرفا (وهو الفتحة التي لا يمكن الإطلال منها على ملك الجار مباشرة وإنما بالالتفات يمنة أو يسرة) فإن المسافة تنخفض الى خمسين سنتميترا من حرف المطل (بل ويرتفع الحظر كلية إذا كان المطل المنحرف على عقار الجار هو في الوقت ذاته مطل مواجه للطريق العام) (م/٨٢٠). هذا عن المطلات أما المناور (وهي الفتحات التي تعلو قاعدتها عن قامة الإنسان المعتادة بحيث لا يمكن الإطلال منها على ملك الجار، اللهم إلا بارتقاء وسيلة ما) فلا يشترط لفتحها ترك أية مسافة (م/٨٢١).

بخصوص تنظيم أعمال البناء.

ونظرا للارتباط الشديد بين هذه القيود وقيود البناء بوجه عام، وبين السياسة العمرانية التي تتطور بشكل ملحوظ في الكويت، ونظرا للطابع الفني لقيود البناء، فقد رأى المشرع الاكتفاء بالإحالة إلى القوانين الخاصة، فنصت المادة/٨١٤ على أنه: «لا يجوز للمالك أن يكون له على ملك جاره فتحات إلا في الحدود التي يقررها القانون».

٣٨٠ - ويمكن أن نستخلص القيود المفروضة، في القانون الكويتي، على إقامة الفتحات في الأبنية، من الجداول العشرة الملحقة بقرار رئيس بلدية الكويت رقم ٣٠ لسنة ١٩٨٥، في شأن تنظيم أعمال البناء، بوجه عام[1]. على أن يلاحظ - قبل ذلك - ما يأتي:

أ - أن المسافة التي يستلزم القانون الكويتي تركها، على ملك الجار، أكبر بشكل ملحوظ منها في القانون المصري[2].

ب - أن القانون الكويتي لا يتكلم عن ارتداد الفتحة عن ملك الجار مسافة معينة، وإنما يتكلم عن ارتداد الحائط كله المقامة به الفتحة، أو كما تعبر النصوص «ارتداد البناء الرئيسي عن حد الجار» مسافة معينة[3].

جـ - أن القانون الكويتي يفرض الارتداد أحيانا ولو لم تكن فتحات في الجدار. فيما يكون للمالك - في القانون المصري - أن يبنى على حدود ملكه (في كل الأحوال) دون ترك ثمة مسافة مادام يبنى حوائط مسدودة

د - أن للمناور، في الجداول الملحقة بالقرار ٣٠ لسنة ١٩٨٥، مفهوما[4] يختلف عن مفهومها في المادة/٨٢١ مدني مصري[5].

التنظيم القانوني لقيود الفتحات:

٣٨١ - يمكن تلخيص هذا التنظيم على النحو التالي:

---

(١) المعدل بالقرارين الوزاريين رقم ٢٧، ٢٩ لسنة ١٩٩٠.

(٢) أنظر الهامش قبل السابق.

(٣) أما في القانون المصري فالعبرة بالجزء من الحائط المفتوح فيه المطل إن لم يكن هذا الحائط مستقيما.

(٤) هو مساقط النور التي تستعمل عادة لوضع أنابيب الصرف الصحي.

(٥) أنظر الهامش المتعلق بالبند رقم/٣٧٩.

- فيما يتعلق بأبنية السكن النموذجي[1] والسكن الخاص[2] «يجب ألا يقل ارتداد البناء الرئيسي عن حد الجار عن ٢ متر، وذلك بالنسبة للقسائم التي يزيد عرضها عن ١٦ مترا. أمـا بالنسبة للقسائم التي عرضها ١٦ مترا فأقل فيكون الارتداد عن الجار بمقدار ١,٥ متر. وإذا وجدت نوافذ لإحدى الغرف أو الصالات مطلة على الجار فلا يقل ارتداد أي نافذة من هذه النوافذ عن ٢,٥ متر في الحالة الأولى و ٢ متر في الحالة الثانية. «وفي كل الأحوال فإنه» «يجوز إقامة كل البناء الرئيسي أو بعضه على حد أرض الجيران باتفاق الأطراف، على أن يتضمن التزام كل منهم بالبناء وفق تصميم متناسق. وتعتبر هذه القيود مكملة للترخيص الصادر لكل منها وجزءا لا يتجزأ منه، كما يتعين إثباتها في عقود من تنتقل إليه ملكية العقار. مع الالتزام بارتداد الأجزاء الغير ملتصقة (جدول/١ المعدل بقرار ٢٧/٩٠، الفقرتان ج، هـ).

- وفيما يتعلق بمناطق السكن الاستثماري خارج مدينة الكويت وداخلها يجب ألا يقل ارتداد البناء الرئيسي عن حد الجار عن ٣ أمتار، وذلك بالنسبة للمباني خارج مدينة الكويت، أما داخل المدينة فيجب أن لا يقل عن سدس ارتفاع البناء محسوبا على أسـاس استنفـاذ النسبـة المقـررة بالمنطقة بأكملها و على ضوء المخططات المقدمة للبلدية» (جدول/٢ فقرة/ جـ)[3].

- وفيما يتعلق بأبنية السكن على الطراز الشرقي: يجوز إقامة البناء على حد القسيمة إذا لم توجد فتحات على الجار[4]. فإن وجدت فيتعين عندئذ أن لا يقل ارتداد الطابق الذي به الفتحات (المطلات) عن ثلاثة أمتار من حدود الجار «ويجب ألا يقل ارتداد السرداب عن حدود الجـار عن ثلاثـة أمتـار ما لم يوافق الجـار على مسافة أقل» (جدول/٦ فقرة/ جـ، هـ).

---

(١) وهي المناطق خفيفة الكثافة المخصصة لسكن عائلة واحدة والتي أقامت مبانيها أو وزعت قسائمها الدولة (قرار ٢٧/١٩٩٠).

(٢) وهي المناطق خفيفة الكثافة والمخصصة قسائمها لسكن عائلة واحدة والناتجة عن مشاريع تقسيم خاصة أو أراضي نظمتها الدولة (قرار ٢٧/١٩٩٠).

(٣) ويجوز إقامة كل البناء الرئيسي أو بعضه على حد أرض الجار طبقا للشروط المنصوص عليها في الفقرة/ هـ من البند ثانيا من جدول/١» (جدول/٢ فقرة/هـ).

(٤) والنص على هذا الجواز، في هذا النوع من الأبنية، يعني كما قلنا ـ أنه في غيرها يلتزم المالك بالارتداد بالبناء عن ملك الجار ولو كان الجدار بينه والجار لا تقام فيه فتحات (مطلات) انظر سابقا بند/ ٣٨٠ ملاحظة رقم/جـ.

ـ وفيما يتعلق بالأبنية المقامة بمنطقة الشريط الساحلي يجب ـ فضلا عن وجوب ارتداد البناء الرئيسي ١٠ أمتار على الأقل من البحر، و٥ أمتار على الأقل من الشارع الرئيسي ـ أن يرتد كذلك ٣ أمتار على الأقل من الجيران (أو من الشوارع الفرعية) (جدول/ ٩ فقرة/ هـ).

٣٨٢ ـ وفيما يتعلق بالأبنية المقامة بجزيرة فيلكا:

يسرى عليها الاشتراطات والمواصفات المنصوص عليها في الجدول رقم/ ١ بالنسبة للأبنية التي تقام على الطراز الغربي، والجدول رقم/ ٦ بالنسبة للأبنية التي تقام على الطراز الشرقي (جدول/ ١٠)[1].

---

(١) أما الاشتراطات الخاصة بالمناطق التجارية (جدول/٣)، أو بمناطق السكن الاستثماري بواجهات تجارية على الشوارع الرئيسية والفرعية (جدول/٤)، أو بالمناطق الصناعية (جدول/٥) أو بالمجمعات السكنية والتجارية والمجمعات ذات الوجهات التجارية خارج مدينة الكويت (جدول/٧) أو بالمجمعات التجارية والسكنية داخل مدينة الكويت (جدول/٨) فيرجع فيها لهذه الجداول، حيث تخرج من إطار الدراسة.

الفـــرع الثـــاني
القيـــود الإراديّـــــة
(شـــرط المنع من التصـــرف)
Clause d'inaliénabilité [1]

تمهـــيد:

٣٨٢ ـ الأصل ـ كما ذكرنا مراراً ـ أن للمالك أن يتصرف في ملكه كما يشاء. بل يعتبر الفقه سلطة التصرف أظهر السلطات التي يخولها حق الملكية لصاحبه[2]، أو هي ـ على حد وصف البعض ـ «جوهر» هذا الحق[3].

وهذه الحرية ليست مقررة ـ على عكس ما قد يبدو للوهلة الأولى ـ لصالح المالك وحده، وإنما هي تؤدي أيضا إلى تحقيق المصلحة العامة. لأن من شأن حرية تداول الأموال كفالة حسن استغلالها. الأمر الذي حدا بالبعض إلى التأكيد بأن بقاء سلطة التصرف للمالك أمر يتعلق بالنظام العام[4].

٣٨٣ ـ ومع ذلك، فقد يحدث عملا، أن يتضمن تصرف قانوني ناقل للملكية، شرطا (أو بندا) يمتنع بموجبه على المتملّك التصرف فيما ملكه، أو يقيد من سلطته في هذا التصرف، فيثور التساؤل عن مدى صحة مثل هذا الشرط.

٣٨٤ ـ في فقه الشريعة الإسلامية المسألة محل خلاف:

فالشرط غير صحيح عند الحنفية والمالكية والشافعية، لأنه يخالف مقتضى التصرف

---

(١) ونحن إذ نقتصر على هذا التطبيق فليس لكونه التطبيق الوحيد للقيود الارادية التي يمكن أن تقيد حق الملكية، فغيره فيها الكثير، وإنما لكونه أهم هذه القيود من حيث يتصل بأهم سلطات المالك وهي سلطته في التصرف، ويصل القيد، به، إلى حد شلها. وهو ـ على أية حال ـ التطبيق الوحيد للشروط المقيدة لحق الملكية، إراديا، المنظم في باب الملكية.

(٢) من هذا الرأي: محمد على عرفه بند/٢٧٣، محمود جمال الدين زكي بند/٤٧، ص/٨٨.

(٣) انظر اسماعيل غانم بند/٢٥.

(٤) انظر: السنهوري ج/٨، ص/٥٠٧، بند/٣٠٩، محمود جمال الدين زكي الموضع السابق.

الناقل للملك (عقدا كان أو وصية) وهو إطلاق الحرية للمالك في الانتفاع بها ملك والتصرف فيه بأي تصرف أراد. وليس هناك دليل شرعي معين على صحته، فلا يجوز اشتراطه، وإذا اشتُرط لا يعمل به.

وهو صحيح ـ بقيود ـ عند بعض الحنابلة[1]، تأسيسا على أن الأصل في الشروط الجواز والصحة، ولا يحرم شرط ولا يبطل إلا إذا ورد نهي بخصوصه أو كان اشتراطه يؤدي إلى إلغاء المقصود الأصلي من العقد. وحيث لم يرد من الشارع نهي بخصوص هذا الشرط، وحيث لا يؤدي اشتراطه إلى إلغاء المقصود الأصلي من العقد أو الوصية وهو الملك، فإن شرط المنع المؤقت الذي يستند إلى باعث مشروع يكون صحيحا.

٣٨٥ ـ وفي القوانين الوضعية: ذهب القضاء الفرنسي في أول الأمر، وحيث لا يوجد نص، إلى اعتبار هذا الشرط باطلا، دون ما تفرقة في ذلك بين ما إذا كان المنع من التصرف مؤبدا أو مؤقتا، ودون ما نظر إلى البواعث التي دفعت إلى اشتراطه[2]. وقد شايع الفقه إذ ذاك هذا الحل أيضا، واجتهد في تخريجه، فرأى في جواز هذا الشرط ما يتعارض والنظام العام. سواء نُظر إلى الشرط على أن المنع فيه يرد على الشيء نفسه، فيضربه بعدم القابلية للتصرف فيه، أو نُظر إليه على أن المنع فيه يرد على إرادة المالك. لأنه: «إذا ضُرب الشيء بعدم القابلية للتصرف، صار ما يرد عليه حق عيني آخر لا يعرفه القانون، ويتعارض تقريره، من ثم، مع النظام العام. وإذا ورد المنع على إرادة المالك، لا على الشيء الذي يملكه، ظلّ على تعارضه مع النظام العام، لأن حرية التصرف في الأموال هي نتيجة لحرية العمل، ومن ثم أحد عناصر الحرية الشخصية، ولا يمكن ـ تبعا ـ لهذا ـ منع المالك من التصرف فيما يملكه إلا بالمساس بشخصيته»[3].

وقد ظل القضاء أمينا على هذا الاتجاه حتى منتصف القرن الحالي. ثم ما لبث ـ نزولا على الاعتبارات العملية و إزاء ما لوحظ من كثرة ورود هذا الشرط في التعامل ـ أن خفّف من غلواء موقفه منه، فجرى بعد ذلك على تصحيحه[4] شرط أن يكون المنع

---

(١) كابن تيمية وابن القيم.

(٢) إشار لهذا الاتجاه في القضاء الفرنسي القديم، رينو ص/٦٧ بند/٥٦، وانظر في أمثلة له الأحكام المشار إليها فيه هامش/١، وانظر أيضا الأحكام العديدة المشار إليها في السنهوري ص/٥٠٧ هامش/١، ٢.

(٣) ديمولمب، مشار إليه، ومؤيد منه، في محمود جمال الدين زكي بند/٤٧ وهامش/٧، وفي نفس المعنى أيضا: الصده ص/١٣٤، بند/٩٣.

(٤) وفي وصفه لهذا العدول، يقول الصده ص/١٣٤، بند/٩٣ أن «منطق الواقع في الحياة العملية كان أقوى من منطق القانون المجرد».

فيه مؤقتا وأن يهدف الشرط إلى تحقيق مصلحة مشروعة[1] وهي ذات القيود التي سبق أن وضعها على صحة هذا الشرط القائلون بصحته من فقهاء الحنابلة، على ما أسلفناه.

وهـذا الـذي انتـهى إليه القضـاء الفـرنسي هو ما قنّنـه المشرع المصري في المادة/٨٢٣[2] [3]؛ ومن بعده المشرع الكويتي في المادة/٨١٥. وقيل في تبرير تصحيح هذا الشرط أنه قد «يحقق مصالح معتبرة»[4] فلا مانع من النص على صحته» بشروط تحول دون أن يستخدم لتحقيق أغراض تنافي مباديء الشريعة الاسلامية، وتجعله غير منافي لمقتضى العقد أو الوصية»[5].

وهكذا جاء في المادة/٨١٥ ما نصه أنه: «إذا تضمن التصرف القانوني شرطا يمنع المتصرف إليه من التصرف في المال الذي اكتسب ملكيته بمقتضى ذلك التصرف، أو يقيد حقه في التصرف فيه، فلا يصح الشرط ما لم يكن مبنيا على باعث قوي و مقصورا على مدة معقولة».

ملاحظة وتنويه:

٣٨٦ - ويلاحظ من نص المادة/٨١٥ أن الشرط الذي تنظمه قد يكون مانعا من

---

(١) أنظر الأحكام المشار إليها في رينو ص/٦٧، هامش/٢.

(٢) التي تجري على النحو التالي:

١ - إذا تضمن العقد أو الوصية شرطا يقضي بمنع التصرف في مال، فلا يصح هذا الشرط ما لم يكن مبنيا على باعث مشروع، ومقصورا على مدة معقولة.

«٢ - ويكون الباعث مشروعا متى كان المراد بالمنع من التصرف حماية مصلحة مشروعة للمتصرف أو للمتصرف إليه أو الغير».

«٣ - والمدة المعقولة يجوز أن تستغرق مدى حياة المتصرف أو المتصرف إليه أو الغير».

(٣) وما قننه المشرع الفرنسي أيضا - في خصوص الهبات والوصايا - بالتعديل الذي أدخله على المادة/٩٠٠-1 مدني بقانون ٣ يوليه ١٩٧١، والتي تجري حاليا على النحو التالي:

«لا تصح شروط المنع من التصرف التي تثقل الأموال الموهوبة أو الموصى بها، ما لم تكن هذه الشروط موقوتة و تبررها مصلحة جدية ومشروعة، وحتى في هذه الحالة فإنه يجوز الترخيص - قضائيا - للموهوب له أو الموصى له، بأن يتصرف في المال اذا كانت المصلحة التي بررت الحظر قد زالت، أو طرأت مصلحة أكثر أهمية تقتضي هذا التصرف». راجع في شرح هذا القانون:

SIMLER (Ph): D. 1971-L 416; RAISON (A): Clauses d'inalienabilité contenues dans les donations et *testaments*, *Journ.* des not. et avocats 1971, P. 932. VIATTE (J): Les clauses d'inalienabilité dans les *donations et les* testaments, Rec. gén. lois et jurisp 1971, P. 477.

(٤) (٥) أنظر المذكرة الايضاحية للقانون المدني الكويتي تعليقا على المادة/٨١٥.

التصرف أو مقيّدا له فقط. وهو ـ في هذا ـ يختلف عن النص المقابل في القانون المصري الذي يتكلم عن شرط المنع من التصرف (م/٨٢٣). وإن كانت الحقيقة أن الشراح المصريين يجرون حكم النص ليس فقط على الشروط التي تمنع التصرف بصفة مطلقة خلال مدة المنع، بل كذلك على الشروط التي تقيد حرية التصرف دون أن تمنعه، كما لو اشترط الواهب على الموهوب له ـ إذا أراد بيع الموهوب ـ أن يعرضه أولا بالأفضلية على شخص معين، أو اشترط المتصرف عدم جواز التصرف إلا مع استبدال مال آخر بالمال المتصرف فيه . . . الخ.

ونحن إذ سنقتصر ـ في عرض هذا الشرط ـ على استخدام تعبير *الشرط المانع*، فابتغاء سهولة العبارة لا أكثر، ومن هنا لزم التنويه.

شروط صحة هذا الشرط:

ويتضح من نص المادة/٨١٥ أن الشرط المانع (أو المقيّد) للتصرف، حتى يصح، يلزم توافر الشروط التالية:

أولا: أن يكون وارداً في ذات التصرف الذي تلقى به *المشتَرَط* عليه الملكية:

٣٨٧ ـ وعلى هذا الشرط صريح المادة/٨١٥ التي لم تلتزم التعميم الذي التزمه المشرع المصري في صياغة النص المقابل[١] وإنما حددت المقصود بالشرط المانع (أو المقيد) الذي يمكن أن يصح بأنه الشرط الذي يتضمنه التصرف القانوني «الذي اكتسب» بمقتضاه المتصرف إليه ملكية المال الذي مُنع، بموجب الشرط، من التصرف فيه، لا الشرط الذي يرد في أي تصرف آخر[٢]. وهو قيد يضيّق، بدون شك، من نطاق استخدام شرط المنع[٣].

٣٨٨ ـ ونظرا لما يشكله الشرط المانع من قيد هام على حرية التصرف، فإن الغالب أن يكون وروده في أعمال التبرعات، كالهبة والوصية، حيث يفرضه مركز المتبرع. لكن

---

(١) وهو نص المادة/٨٢٣ الذي يجرى النحو التالي: «إذا تضمن العقد أو الوصية شرطا يقضي بمنع التصرف في مال، فلا يصح الشرط ما لم . . . الخ النص».

(٢) من باب أولى، لا يكون من الجائز أن يقرر المالك بإرادته وحده أن مالا من أمواله أصبح غير قابل للتصرف فيه، لأنه بقرار مثل هذا سوف يخرج هذا المال من الضمان العام (لأن مقتضى المنع من التصرف ـ كما سنرى ـ عدم إمكان الحجز على المال) وهو لا يجوز.

(٣) أنظر المذكرة الايضاحية تعليقا على المادة/٨١٥.

ليس ما يمنع من تصور وروده في أعمال المعاوضة، وإن كان ذلك نادرا، ومن أمثلته فيها: أن يشترط البائع على المشتري عدم التصرف في المبيع حتى تمام الوفاء بالثمن، أو أن يشترط البائع، الذي استبقى لنفسه حق الانتفاع، عدم التصرف في المبيع تجنبا للتعامل مع مالك رقبة لا يعرفه ولا يأمن مضايقته[1،2].

٣٨٩ ـ من جهة أخرى، فإنه إذا كان من المتصور أن يرد الشرط المانع في التصرفات الواردة على كل من العقارات والمنقولات، إلا أن قيمته ستنعدم تقريبا في خصوص الطائفة الأخيرة، لأن الممنوع من التصرف يمكنه أن يخرج على مقتضى هذا الشرط فينقل ملكية المنقول إلى شخص آخر. وفي هذه الحالة، سيكون بمقدور هذا الأخير أن يتمسك في مواجهة من يحتج عليه بهذا الشرط بما للحيازة من أثر مسقط للتكاليف أو القيود العينية، مادام أنه كان حسن النية لم يكن يعلم ولا كان في مقدوره أن يعلم، وقت التصرف، بهذا الشرط (م/٨١٧-١).

٣٩٠ ـ معنى ما تقدم إذن، أن شرط المنع من التصرف يبطل ـ أخذا من صريح المادة/ ٨١٥، إذا ورد في تصرف آخر غير التصرف الذي يفترضه نص هذه المادة. كما لو ورد مثلا في عقد رهن، بأن اشترط المرتهن على الراهن عدم التصرف في المرهون إلى أن يتم استيفاء الدين المضمون بالرهن حتى يتفادى اتباع إجراءات التنفيذ ضد من تنتقل إليه الملكية[3]، أو ورد في عقد وعد بالبيع، بأن اشترط الموعود له على الواعد ألا يتصرف في الشيء الموعود ببيعه خلال مدة الوعد حتى يضمن ـ إذا ما أراد الشراء ـ أن يجد الشيء في ملك الواعد. بل لعل هذين المثالين بالذات ـ وعلى ما يستخلص من المذكرة الإيضاحية ـ هما اللذان قصد المشرع إلى إخراجهما من نطاق الشرط المانع الذي يمكن أن يصح، حين عمد إلى التفصيل في صياغة نص المادة/ ٨١٥ على النحو

---

(١) أنظر في أمثلة أخرى من تطبيقات القضاء الفرنسي:

GUADELOUPE 20/3/1936, D. 1937-2-7 et note VOIRIN, Paris, 16/6/1953, D. 1954-9 et note TUNC.

(٢) وقد أكدت محكمة النقض المصرية في العديد من أحكامها، أن اشتراط البائع الاحتفاظ لنفسه بحق الانتفاع بالمبيع مدى حياته ومنع المشتري من التصرف فيه طول تلك المدة ضمانا لحقه، لا يمنع من *اعتبار التصرف* بيعا صحيحا ناقلا لملكية الرقبة فورا. ووصف هذا التصرف بأنه وصية إستنادا إلى هذا الشرط وحده يكون خطأ. أنظر نقض ١٩٤٥/٣/٨ وفي نفس المعنى نقض ١٩٣٨/٦/٢٢، نقض ١٩٤٦/٤/١٨ مشار إليها في أنور طلبة ص/٥٩، ٦٠.

(٣) وهي أكثر تعقيدا من إجراءات التنفيذ ضد الراهن نفسه.

الذي أسلفناه[1]. ويوجّه بطلان الشرط فيهما كونه لايخلو من مخاطر[2]:

ذلك أنه لو صحّ الشرط، في المثال الأول، «لأصبح شرطا جاريا يوضع في كل عقود الرهن، وحيث يكون المرتهن في مركز من القوة يسمح له بفرض شروطه، وينتهي الأمر إلى تفويت ما يهدف إليه التنظيم التشريعي للرهن من التوفيق بين حرية المالك في التصرف في المرهون لينتفع بأكبر قدر من مزايا الملكية وبين ضمان حصول الدائن على حقه عن طريق ماله من سلطة التتبع»[3].

وخطورته، في المثال الثاني «أنه يمكّن كل مالك ـ ولو مؤقتا ـ من إخراج أي مال من أمواله من ضمان دائنيه، وذلك بأن يتفق مع أي شخص على أن يعده ببيع هذا المال ويتفق في عقد الوعد على منع التصرف فيه خلال مدة الوعد، فيمتنع التنفيذ عليه، لأن المنع من التصرف يقتضي منع التنفيذ»[4،5].

---

(١)-(٣) أنظر المذكرة الايضاحية تعليقا على المادة/٨١٥.

(٤) أنظر المذكرة الايضاحية، الموضع السابق.

(٥) أما في مصر، فقد أفسحت عمومية نص المادة ٨٢٣-١ (المشار إليها في هامش البند رقم/٣٨٧) مجالا لاختلاف الشراح حول ما إذا كانت صحة الشرط المانع تكون وقفا على وروده في *ذات التصرف الذي* أكسب الممنوع من التصرف ملكية المال الذي مُنع من التصرف فيه. فالذين يرون ذلك، يبطلون من ثم هذين الشرطين ولهذا السبب. أما من لا يرون ذلك فإنهم: إما يصححون هذين الشرطين (أو أحدهما) أو يبطلونهما لكن لا على أساس من عدم استجابتهما لشرط تستلزمه المادة/٨٢٣ وإنما للاعتبارات التي سبق أن ذكرناها في المتن.

ففيما يتعلق بالشرط الوارد في عقد رهن: يصححه: محمد علي عرفة بند/٢٧٨، حسن كيره، وشمس الدين الوكيل مشار إليهما في البدراوي ص/٩٠ هامش/١، محمد علي إمام، مشار إليه في محمد لبيب شنب ص/٢٦٠ هامش/٤١.

ويبطله: السنهوري ص/٥٠٩ تكملة هامش/٢ في ص/٥٠٩، اسماعيل غانم بند/٣٨، محمود جمال الدين زكي ص/٩٧، بند/٥٠، منصور مصطفى منصور بند/٤٤، الصده ص/١٣٨، بند/٩٤، البدراوي ص/٩٠، هامش/١.

وفيما يتعلق بالشرط الوارد في عقد وعد بالبيع:

يصححه: السنهوري ص/٥٠٨ هامش/٢، اسماعيل غانم بند/٣٨، اسماعيل غانم، مذكرات في العقود المسماة، عقد البيع ١٩٥٨، ص/٩١، الصده ص/١٣٧، ١٣٨ بند/٩٤، البدراوي ص/٩٠، بند/٦٣، محمود جمال الدين زكي بند/٥٠ (مع ملاحظة أنه لا يعتبر هذا الشرط بندا مانعا من التصرف يخضع للمادة/٨٢٣ ـ لأنه يرى أن البند المانع من التصرف المقصود بهذه المادة لابد أن يرد في التصرف الناقل للملكية ـ ولكنه يعتبره التزاما بامتناع عن عمل يخضع للقواعد العامة في نظرية العقد ويكون جزاء مخالفته مسئولية الممنوع من التصرف العقدية لا بطلان التصرف كما تقضي بذلك المادة/٨٢٤. والحقيقة أن شرطا مانعا في عقد وعد بالبيع يكون هذا أثره، يخلو تقريبا من كل قيمة، فأحكام الوعد بالبيع، من حيث جزاء الإخلال به، تغني بذاتها عنه)، ويبطله: منصور مصطفى منصور بند/٤٤.

ثانيا ـ أن يكون مبنيا على باعث قوي:

٣٩١ ـ وهو شرط بدهي في الواقع، لأنه إذا كان الأصل هو عدم جواز الحد من حرية المالك في التصرف في ملكه، فإن السماح بالخروج على هذا الأصل يجب أن يجد له باعثا قويا يبرره.

لذلك كان المشرع الكويتي أكثر التزاما للدقة، في هذا الصدد، حين استلزم في الباعث الذي يصح به الشرط المانع أو المقيد للتصرف أن يكون على هذا النحو. ولم يكتف فيه ـ كما فعل نظيره المصري ـ بأن يكون باعثا «مشروعا». إذ قد لا يكون الباعث ـ على مشروعيته ـ من الأهمية بحيث يبرر هذا الشرط الذي يمثل خروجا خطيرا على أصل حرية المالك في التصرف في ملكه. هذا إلى أن اشتراط أن يكون *الباعث* مشروعا، لا يعتبر ـ في واقع الأمر ـ شرطا يخص صحة المنع من التصرف بالذات. فجميع التصرفات القانونية، أيا كانت، يلزم لصحتها أن تكون مبنية على بواعث مشروعة[1].

أما المشرع الفرنسي فقد آثر أن يجمع بين القيدين، فاشترط *لصحة الشرط المانع* من التصرف أن يكون مبنيا على «مصلحة جدية ومشروعة» (م/ ٩٠٠ـ١) (intérêt sérieux et légitime)

٣٩٢ ـ وقوة الباعث الذي بُني عليه المنع، من عدمها، هي ـ بطبيعة الحال ـ مسألة واقع، تختلف من حالة لأخرى وتدخل في إطار السلطة التقديرية لقاضي الموضوع[2]. على أن يلاحظ، أن المصلحة الجدية التي يتحقق معها الباعث القوى ليس يلزم أن تكون دائما مصلحة المتصرف نفسه، فيتحقق *الباعث القوي* ولو كانت المصلحة المستهدفة من المنع هي مصلحة المتصرف إليه، أو حتى مصلحة الغير[3]. وعلى ذلك صريح الفقرة/٢ من المادة/٨٢٣ مدني مصري *التي تقضي* بأنه: «ويكون الباعث مشروعا متى كان المراد بالمنع من التصرف حماية مصلحة مشروعة للمتصرف أو

---

(١) ويدعو للدهشة ـ بحق ـ مارآه البعض في هذا الشأن، من أن وقف صحة أي تصرف على شرط «أن يكون له باعث مشروع» يكون «إعمالا للقواعد العامة في محل الالتزام». أنظر ابراهيم الدسوقي، أحكام حق الملكية ص/١١٢ هامش/١، فخلط على هذا النحو بين الباعث والمحل على *ما* بينهما من الاختلاف.

(٢) أنظر نقض ٢٧/٦/١٩٦٨، ١٩/١/١٩٧٧ مشار إليهما في أنور طلبة ص/٥٩، ٦٠.

(٣) بل إن في الفقه والقضاء الفرنسيين من يضيف، المصلحة العامة (l'interet public) أيضا أنظر رينو ص/٦٧، بند/٥٦،

Civ. 19/10/1965, D. 1966-245 et note Jacques DEFREVOIS.

للمتصرف إليه أو الغير[1]. كذلك لا يلزم أن تكون المصلحة المستهدفة من المنع مصلحة مادية، فقد تكون مصلحة أدبية، ويتحقق معها الباعث القوى مادامت جدية[2].

٣٩٣ - ومن أمثلة المصلحة الجدية للمتصرف، التي يقوم بها الباعث القوى على المنع من التصرف، أن يشترط الواهب على الموهوب له عدم التصرف في الشيء الموهوب احتياطا لاحتمال تحقق عذر من الأعذار التي تتيح للواهب الرجوع في الهبة وبالتالي استرداد الشيء الموهوب. ومنها أيضا - أخذا من أحكام القضاء الفرنسي - أن يكون الواهبان (أب وأم) قد احتفظا لنفسيهما بحق استعمال وسكنى العين الموهوبة، فيشترطان على الموهوب له (ولدهما) عدم التصرف فيها، لتظل علاقتهما طيلة ممارستهما لهذا الحق، به وحده، ولا تنتقل ملكية العين إلى من قد لا يرتاحان لمعاملته[3].

ومن أمثلة الباعث القوى على المنع من التصرف تحقيقا لمصلحة المتصرف إليه نفسه، أن يشترط الواهب على الموهوب له عدم التصرف في الموهوب حماية له من طيشه وإلى أن يبلغ سنا معينة[4].

ومن أمثلة الباعث القوى على المنع من التصرف تحقيقا لمصلحة الغير، أن يشترط الواهب على الموهوب له عدم التصرف في الموهوب ضمانا لبقاء قدرة الموهوب له على الوفاء بالتزام بالنفقة التزم به نحو شخص ثالث يحرص المشترط على ضمان حصوله على النفقة[5].

---

(١) ولا مقابل لهذه الفقرة في القانون الكويتي، وقيل في تبرير إغفال النص عليها، أن المشرع وآثر الاكتفاء بالمعيار المرن الوارد في النص (م/ ٨١٥) تمشيا مع سياسته العامة في إعطاء القضاء حرية التقدير كلما أمكن ذلك دون ضرر. أنظر المذكرة الإيضاحية تعليقا على المادة المذكورة.

(٢) في هذا المعنى: رينو ص/٦٧، بند/٥٦، ومن أحكام القضاء الفرنسي:

Req: 17/3/1925, D. 1928-1-167; Tr. Civ. St Nazaire, 21/10/1957, D. 1958-*somm*-17.

(٣) Civ. 20/1/1990 BULL TO 1 NO 192.

وأنظر - في أمثلة أخرى: Civ. 20/1/1985, R.T. 1986-620 et obs. PATARIN.

(حيث اعتبرت المحكمة من قبيل المصلحة الجدية رغبة الواهبة - بحظر التصرف - في أن تبقى الأموال الموهوبة داخل الأسرة، لغاية وفاتها).

(٤) أنظر في أمثلة أخرى من تطبيقات القضاء الفرنسي:

Req. 16/1/1923, D. 1923-1-177 et note E.R; Civ. 9/5/1943 G.P. 1943-2-32.

(٥) أنظر: في أمثلة أخرى:

Civ. 20/7/1982. R.T. 1983-376 et obs. PATARIN, Civ. 16/3/1903. S. 1905-1-513 et note TISSIER.

٣٩٤ - إنما لا يخل ما قلناه من أن المصلحة الجدية التي يمكن أن يقوم بها الباعث القوي على المنع من التصرف قد تكون مصلحة المتصرف إليه أو الغير، بأنه حتى في هذين الفرضين تكون للمتصرف نفسه مصلحة، ولو أدبية، في اشتراط المنع من التصرف، وإلاّ فما مبرر اهتمامه بفرض هذا الشرط على المتصرف إليه؟[1].

٣٩٥ - ويثور في هذا الموضع تساؤل مهم، عن الحكم فيما لو تغيرت الظروف فزالت المصلحة الجدية التي قام عليها الباعث القوى المبرر للمنع من التصرف، أو استجدّت للمتصرف إليه مصلحة في التصرف تفوق المصلحة التي كانت مبتغاة من منعه منه؟.

ليس في النصوص المنظّمة للشرط المانع من التصرف، سواء في القانون الكويتي أو المصري، إجابة صريحة على هذا التساؤل.

ومع ذلك لم يتردد البعض في القول بأنه، مالم يقبل المشترط (المتصرف) أن يأذن للمتصرف إليه بالتصرف، فإنه يجوز لهذا الأخير أن يطلب من القاضي ذلك، وللقاضي أن يأذن له[2]. ونحن لا نعتقد في إمكان أن تكون للقاضي - دون نص صريح - مثل هذه السلطة، لما فيها من خروج على مبدأ القوة الملزمة للعقد، وافتئات على إرادة المشترط الذي ربما لو كان يعلم منذ البداية أن المنع الذي اشترطه قد يتعرض للرفع لما أبرم التصرف أصلا. هذا إلى أن النصوص المنظمة للشرط المانع من التصرف تُصوّر الباعث القوى الذي يتعين أن يكون المنع مستندا إليه، بحسبانه شرطا لصحة هذا الشرط. وتخويل القاضي سلطة رفع المنع، فيها معنى أن الشرط الذي كان يفرضه أصبح باطلا. بيد أنه لا يتصور أن يصبح شرط ما باطلا بعد إذ كان صحيحا.

لذلك فحبذا لو تدخل المشرع بنص صريح، فقرر مثل هذه السلطة للقاضي، كما فعل المشرع الفرنسي[3][4][5].

---

(١) لذلك فقد كان يمكن للمشرع المصري - فيما نعتقد - أن يصوغ الفقرة/٢ من المادة/٨٢٣ سالفة الذكر بطريقة أخرى، فيقول أن الباعث يكون مشروعا «متى كان المراد بالمنع حماية مصلحة مشروعة للمتصرف، مادية كانت هذه المصلحة أو أدبية».

(٢) أنظر، إبراهيم الدسوقي ص/١١٤ بند/١٣٦.

(٣) بالمادة/٩٠٠-١ (معدلة بقانون ٣ يوليه ١٩٧١).

(٤) أنظر في معنى أن تقدير ما إذا كانت الظروف التي استجدت بعد الهبة جعلت للموهوب له مصلحة في التصرف أهم من المصلحة التي كانت تبرر المنع من التصرف في البداية، والتي لا تزال قائمة، يترك لمحض سلطة قاضي الموضوع: Civ. 25/6/1980, Bull. To. 1, No. 189.

(٥) ويختلف القضاء الفرنسي، فيما إذا كان يجوز لدائني الموهوب له (الممنوع من التصرف) أن يطالبوا - قضائيا

٣٩٦ ـ بقي القول أن المفروض هو أن للشرط المانع باعثا قويا مشروعا يبرره، إلى أن يثبت المتصرف إليه (الممنوع من التصرف) عكس ذلك[1]، وعندئذ يبطل الشرط، ويقتصر البطلان عليه وحده، إلا إذا كان هو الدافع إلى التصرف الذي ورد فيه فعندئذ يبطل هذا التصرف أيضا.

ثالثا ـ أن يكون الشرط مقصورا على مدة معقولة:

٣٩٧ ـ ويجب أخيرا ـ وهذا فيما نعتقد أكثر شروط صحة هذا الشرط أهمية ـ أن يكون المنع من التصرف مؤقتا. أو كما عبّرت المادة/ ٨١٥، مقصورا على مدة معقولة[2]، وإلاّ أصبح مصادره كاملة لحرية التصرف في الملك وهو ما لا يجوز[3].

ولم يضع المشرع حدًا زمنيا للمدة المعقولة، وإنما ترك الأمر لسلطة القاضي التقديرية، يراعي ـ في كل حالة على حدة ـ مدى تناسب المدة مع الغرض المقصود من المنع[4].

وفي مصر، مضى المشرع إلى توضيح معنى معقولية المدة، فنص في الفقرة/٣ من المادة/٨٢٣ على أن المدة المعقولة «يجوز أن تستغرق مدى حياة المتصرف أو المتصرف إليه أو الغير»[5].

ويصحّح غالبية الشراح في مصر مثل هذا النظر لمعقولية المدة[6]. وقبل في تبريره أن

= ـ برفع حظر التصرف عن مدينهم. أنظر، في الأحكام التي أجازت ذلك:
T.G.I. Cherbourg, 13/2/1974, D. 1975-30 et note critique VOUIN (J.F.); J.C.P. 1974-2-17861 et Note critique DAGOT, Lyon, 19/5/1981, D. Code Civil éd. 1991-1992, sous; l'article 900-1, No. 4.

وانظر عكس ذلك: T.G.I. Bressuire, 1/6/1976, G.P. 1977-1-297 et note L.C.

(١) ومثاله أن يهب شخص عقارا لآخر ويشترط عليه عدم التصرف فيه ليمنعه بذلك من القيام بمشروع خيري يعلم الواهب أن الموهوب له يحرص على تحقيقه وقد يبيع العقار الموهوب في سبيل ذلك.

(٢) ويجري على نفس النحو نص المادة/٨٢٣ـ١ مدني مصري.

(٣) في هذا المعنى، ومن ثم في بطلان الشرط المانع المؤبد أو الدائم: رينو ص/٦٨ بند/٥٥، Civ. 16/2/1953, D. 1953-282.

(٤) وفي فرنسا كان هناك اتجاه ـ عند وضع قانون ٣ يوليه ١٩٧١ ـ نحو تحديد مدة ٢١ سنة كحد أقصى للمدة المعقولة للمنع من التصرف، ثم عدل عن هذا الاتجاه، وترك الأمر لسلطة القاضي التقديرية. أنظر في ذلك رينو ص/٦٨ هامش/٢.

(٥) ولا مقابل لهذه الفقرة في القانون الكويتي.

(٦) أنظر مثلا: محمد علي عرفه بند/ ٢٧٩، اسماعيل غانم بند/٣٨، الصدة ص/ ١٤١ بند/٩٧، والفقه المشار إليه في الهامشين اللاحقين.

«حماية المصلحة المرجوة من المنع من التصرف قد لا تتحقق على وجه كامل إلا باستمرار المنع طيلة حياة صاحبها»[1][2].

وقد لا يكون فيما ذهبت إليه هذه الأغلبية من غرابة إذا كانت مدة المنع تستغرق مدى حياة المتصرف[3] أو الغير. أما أن تظل هذه المدة مدة معقولة حتى ولو اشترطت لمدى حياة المتصرف إليه نفسه، فأمر يدعو إلى الشك، خصوصا إذا أدخلنا في الاعتبار فكرة السبب[4].

وجدير بالذكر أن قضاء محكمة النقض الفرنسية، يؤيدها فيه بعض الشراح[5] مطّرد على اعتبار شرط المنع مؤبدا ومن ثم باطلا إذا كان مشترطا لمدى حياة المتصرف إليه[6]. ويأخذ بنفس الرأي بعض الشراح المصريين، مفسّرا نص الفقرة/٣ من المادة/٨٢٣ سالف الذكر في معنى أن المشرع لم يقصد به أن يكون من الجائز النص في العقد على حرمان المتصرف إليه، مدى حياته، من التصرف، وإنما قصد أن المدة المشروطة، إذا قيّدت بمدة معينة من السنين، قد تكون معقولة ويصح الشرط، حتى ولو ظهر فيما بعد أن هذه السنون قد استغرقت بالفعل حياة المتصرف إليه[7].

٣٩٨ ـ على أية حال فإنه إذا ما كانت المدة المحددة للمنع معقولة فإن موت المتصرف (المشترط) قبل انقضائها لا يؤثر على المنع، فيبقى قائما لما بقي من المدة. وإذا تصرف الممنوع من التصرف، في الشيء، خلال المدة المتبقية، حلّ ورثة المتصرف محله

---

(١) محمود جمال الدين زكي ص/٩٥، بند/٤٩.

(٢) ومثّل لذلك الأستاذ السنهوري بما لو كان المتصرف إليه «معروفا بسوء التدبير، فيحرم عليه المتصرف أن يتصرف في العين الموهوبة طول مدة حياته، حتى إذا مات انتقلت العين إلى ورثته غير مثقلة بالشرط المانع» السنهوري ج/٨ ص/٥١٥ بند/٣١٧.

(٣) أنظر من تطبيقات القضاء الفرنسي، في صحة الشرط في هذا الفرض:

Civ. 8/1/1975, J.C.P. 1976-2-18240 et Note THUILLIER

(٤) أنظر حكم محكمة طنطا الكلية في ١٩٢٦/١/٦ (المحاماة السنة ٦/ رقم/٥٣٩ ص/٨٦٥) حيث رأت أن الشرط المؤبد يبطل العقد إذا كان في مقابل الالتزامات التي التزم بها الطرف الآخر.

(٥) انظر مثلا: رينو ص/٦٨، بند/٥٥.

(٦) انظر مثلا: Civ. 29/6/1933, S. 1933-1-325.

والأحكام العديدة الأخرى المشار إليها في السنهوري ص/٥١٥ هامش/١، وفي البدراوي ص/٩٤، هامش/١

(٧) البدراوي ص/٩٤ بند/٦٥.

في طلب بطلان هذا التصرف إذا اقتضى الأمر ذلك[1]. أما إن كانت غير معقولة[2]، أو بتعبير أدق رآها القاضي كذلك، فإن الشرط يبطل، ويقتصر البطلان عليه وحده دون التصرف الذي ورد هذا الشرط فيه. اللهم إلا إذا كان هو الباعث الدافع إلى هذا التصرف، فعندئذ يمتد البطلان إلى التصرف ذاته. ويرى بعض الشراح أنه - ما لم يتبين أن المدة المشترطة لا تنفصل عن جملة التصرف - يكون للقاضي، في حالة المدة غير المعقولة، أن يُبقى على الشرط - بدلا من الحكم ببطلانه - مع إنقاص مدته إلى الحد المعقول، إعمالا للقواعد العامة في انتقاص التصرف القانوني (طبقا للمادة/١٤٣ مدني مصري المقابلة للمادة/ ١٩٠ مدني كويتي)[3] بينما يصعب - في رأي البعض الآخر - التسليم للقاضي بهذا المدى الواسع في السلطة التقديرية[4].

أثر الشرط المانع الصحيح[5]:

٣٩٩ - إذا توافرت شروط صحة الشرط المانع من التصرف على النحو السابق بيانه، وورد الشرط في عبارات عامة لا تخصيص فيها لتصرف يمتنع بعينه، يترتب عليه حرمان المتصرف إليه - طيلة المدة المحددة به - من التصرف في المال الذي انتقلت ملكيته إليه.

فيمتنع عليه أن ينقل ملكيته للغير، بعوض أو بدون عوض. ولا أن يرتِّب عليه من الحقوق العينية ما يؤدي إلى احتمال إخراجه من ذمته، كالرهن، وإلاّ لأمكن للمتصرف إليه أن يتحايل على الشرط فيمتنع عن الوفاء بالدين الذي رهن المال محل المنع ضمانا له، بما يؤدي في النهاية إلى التنفيذ الجبري على هذا المال ومن ثم إلى خروجه من ذمة المتصرف إليه[6]. اللهم إلا إذا كان الباعث الذي أملى شرط المنع لا يتعارض والرهن،

---

(١) في هذا المعنى: السنهوري ص/٥١٦ بند/٣١٧.

(٢) كأن يكون المقصود من المنع حماية الموهوب له من طيشه، ومع ذلك يشترط منعه من التصرف في الموهوب طيلة حياته، أو كأن يكون المقصود من المنع ضمان اقتضاء باقي ثمن مؤجل سداده لمدة خمس سنوات ومع ذلك يشترط البائع على المشتري عدم التصرف في المبيع طيلة حياة الأخير وهكذا.

(٣) من هذا الرأي: الصده ص/١٤٤ بند/٩٩، أحمد سلامة بند/٤٨، رينو ص/٧٠ بند/٥٦.

(٤) من هذا الرأي: السنهوري ص/٥١٧ هامش/١، اسماعيل غانم بند/٣٨، محمد لبيب شنب ص/٢٦٣ هامش/٤٨.

(٥) أما الشرط مجرد المقيِّد من حق المتصرف إليه في التصرف في المال، فلا يثير البحث في أثره ثمة صعوبة. فهو - حين يكون صحيحا - يلزم المتصرف إليه بمراعاة القيود التي تضمنها إذا ما أراد أن يتصرف في هذا المال. وهي قيود تختلف من حالة لأخرى.

(٦) في هذا المعنى أيضا: السنهوري ص/٥١٩ بند/٣٢٠ وأحكام القضاء الفرنسي المشار اليها فيه هامش/٣، الصده/١٥١، بند/١٠٣.

فعندئذ يجوز الرهن. مثال ذلك: أن يرد شرط المنع في عقد بيع عقار لم يسدد ثمنه بعد، قصدا من البائع (المشترط) إلى تفادى تتبع العقار تحت يد الغير إذا ما أراد التنفيذ عليه بمقتضى ماله من امتياز البائع. فرهن مثل هذا العقار لن يتعارض والقصد من المنع، لأن البائع يستطيع - إذا ما باشر الدائن المرتهن إجراءات التنفيذ الجبري - أن يستوفى حقه من ثمن بيع العقار بالأولوية، تبعا لأسبقية قيد امتيازه. فيكون الرهن على هذا النحو، بما أدى إليه من إجراءات التنفيذ الجبري، قد سهّل أمر حصول البائع المشترط على حقه ودون ما تتبع[1].

٤٠٠ - أما الحقوق العينية الأخرى التي لا يؤدي ترتيبها إلى احتمال إخراج المال من ذمة المتصرف إليه، كحق الانتفاع وحق الإرتفاق... الخ فمحل خلاف بين الشراح:

فيرى البعض أنه مادام الشرط قد ورد مطلقا فإنه يمتد إلى ترتيب هذه الحقوق باعتبار ذلك من قبيل التصرف الجزئي[2]، و لأن الغرض من الشرط هو أن تبقى الملكية كاملة للمالك (المتصرف إليه)[3]. فيما يرى البعض الآخر أنه ما لم يكن المنع قد امتد إلى هذه الحقوق بصريح الشرط، فإنه يمكن للمالك ترتيبها؛ إذ الشرط - بحكم كونه استثناءا - يجب التضييق في تفسيره[4].

٤٠١ - كذلك يترتب على شرط المنع عدم جواز الحجز على المال محل المنع من التصرف، لأن هذا الإجراء سيؤدي في النهاية إلى بيع هذا المال ومن ثم إلى خروجه من ذمة المالك (المتصرف إليه)[5] فلو أجيز لاستطاع المالك أن يتحايل على الشرط، على النحو الذي قلناه فيما يتعلق بالرهن.

---

(١) في هذا المعنى أيضا: شمس الدين الوكيل: نظرية التأمينات في القانون المدني ط/٢ (منشأة المعارف بالإسكندرية) ١٩٥٩ ص/١٥٧، منصور مصطفى منصور، التأمينات العينية، القاهرة ١٩٦٣ ص/٢٦ بند/١١، حسام الدين كامل الأهواني، التأمينات العينية في القانون المدني الكويتي، مذكرات، مطبوعات حقوق الكويت ١٩٨٥ ص/٩٩ وحكم محكمة النقض الفرنسية المشار إليه فيه نقلا عن قُيل.

(٢) (٣) السنهوري ص/٥١٨ بند/٣٢٠، شفيق شحاته ص/١٢٤، اسماعيل غانم ص/٦٥، منصور مصطفى منصور ص/١٠٥، توفيق فرج: الحقوق العينية الأصلية ص/٢١١، الصده ص/١٤٨، بند/١٠١؛ محمود جمال الدين زكي بند/٥١.

(٤) البدراوي ص/٩٦ بند/٦٨؛ أحمد سلامة ص/١٤٨.

(٥) انظر رينو ص/٦٩ بند/٥٦، ومن تطبيقات القضاء الفرنسي:

Req. 11/6/1913. D. 1914-1-242; Req. 20/2/1939, D C. 1941-22.

٤٠٢ - إنما لا يحول شرط المنع دون أعمال الإدارة. ولا دون أن تنتقل الملكية من الممنوع من التصرف، إلى الغير بسبب آخر غير التصرف القانوني، كالميراث والتقادم، إذ أن الملكية تنتقل حينئذ بناء على واقعة مادية، والذي يمتنع على المالك أن يأتيه هو التصرف القانوني. كما لا يحول الشرط دون نزع ملكية المال للمنفعة العامة، إذ المالك هنا «يتحمّل تجريده من الملكية لا يرتضى انتقالها منه»[1].

٤٠٣ - بل لا يحول الشرط دون أن يوصى المالك (المتصرف إليه) في المال محل المنع، رغم أن الإيصاء «من قبيل أعمال التصرفات، وذلك لأن الإيصاء» تصرف مضاف إلى ما بعد الموت، الذي تنتقل - بمقتضاه - على كل حال، ملكية المال إلى ذمة أخرى»[2].

٤٠٤ - ومؤدي كون الجزاء المقرر لمخالفة المنع هو بطلان التصرف المخالف (م/٨١٦)، ألا يمتد المنع إلى أعمال التصرفات المادية. فهذه يظل للمالك (المتصرف إليه) إجراؤها «ولو ترتب عليها تغيير جوهري»[3] في المال الذي انتقلت ملكيته إليه. فإذا كان المشترط حظر صراحة على المالك مثل هذه التصرفات، فإننا لا نكون هنا بصدد الشرط المانع بالمعنى المقصود بالمادة/٨١٥، وإنما نكون بصدد التزام بامتناع عن عمل يخضع للقواعد العامة، ويكون جزاء الخروج عليه هو التعويض مادام تنفيذه عينا أصبح مستحيلا[4].

جزاء مخالفة المنع (حكم التصرف المخالف للشرط المانع):

٤٠٥ - إذا تصرف المشروط عليه بما يخالف الشرط، فإن الجزاء الذي كانت القواعد العامة ليمكن أن تكفله، هو فسخ التصرف الأصلي الذي ورد به الشرط ليسقط - تبعا لفسخه - التصرف المخالف بدوره. فقد تعهد المشروط عليه بألّا يتصرف في المال، فترتّب في ذمته التزام بالامتناع عن عمل، وقد أخل بهذا الالتزام[5].

بيد أن القول بالفسخ سيكون متعارضا في واقع الأمر مع إرادة المشترط، الذي يقصد

---

(١) محمود جمال الدين زكي ص/٩٨ بند/٥١.

(٢) محمود جمال الدين زكي، الموضع السابق، وانظر أيضا السنهوري ص/٥١٨، بند/٣٢٠.

(٣) محمود جمال الدين زكي بند/٥١، وفي نفس المعنى: السنهوري تكملة هامش/٤ من ص/٥١٧ في ص/٥١٨، شفيق شحاته ص/١٢٤ هامش/١، محمد لبيب شنب ص/٢٦٤ بند/٢٥٢؛ وعكس ذلك: الصده ص/١٤٨ بند/١٠١.

(٤) قرب السنهوري الموضع السابق.

(٥) ويأخذ بهذا الحل بعض الشراح الفرنسيين، حيث لا نص خاص يبين حكم تصرف الموهوب له أو الموصى =

بالشرط المانع بقاء المال في ذمة المشروط عليه لا عودته له. بل إن شكا يثور في إمكان القول به أصلا في بعض فروض الشرط المانع، لعدم تصور الأساس الذي يقوم عليه فيها، وهو - كما بينّا - الإخلال بالتزام بالامتناع عن عمل. ونقصد بذلك، الفرض الذي يكون فيه الشرط مقررا لمصلحة المشروط عليه نفسه، إذ يصعب، في الحقيقة، تصور أن ينشأ التزام لمصلحة المدين به[1].

٤٠٦ - لذلك لم يترك المشرعان، المصري والكويتي، جزاء مخالفة الشرط المانع، للقواعد العامة، وإنما آثرا أن يحددا هذا الجزاء بنص صريح، فنصت المادة/٨٢٤ مدني مصري على أنه: «إذا كان شرط المنع من التصرف.. صحيحا.. فكل تصرف مخالف له يقع باطلا»[2].

وصياغة مثل هذه، أفسحت مجالا لرأيٍ تحتمله، يذهب إلى أن البطلان المقصود هنا هو البطلان المطلق[3][4]. لكن، نظرا لأن بعض أحكام هذا النوع من البطلان

= له في المال بالمخالفة لشرط المنع. من هؤلاء: سافاتييه (مشار إليه في السنهوري ص/٥٢١ هامش/١. وانظر في موقف القضاء الفرنسي من هذا الجزاء، وعدم وقوفه فيه عند تطبيق القواعد العامة، السنهوري ص/٥٢١ وما بعدها بند/٣١٢ والهوامش.

(١) هذا إلى عدم تصور الفسخ إن كان الشرط المانع واردا لا في عقد، وإنما في وصية، إذ الفسخ لا يقع إلا في العقود، بل والعقود الملزمة للجانبين.

(٢) أنظر في إمكان التمسك بفسخ العقد الأصلي، حتى في ظل المادة/٨٢٤ حكم نقض ١٩٦٨/٦/٢٧ (في أنور طلبة ص/٦٤)، وقد جاء فيه: «إن المادة/٨٢٤.. وإن نصت على بطلان التصرف المخالف للشرط المانع من التصرف، ولم تتعرض للعقد الأصلي الوارد فيه هذا الشرط، إلا أن ذلك لا يمنع المتعاقد الذي اشترط هذا الشرط من طلب فسخ هذا العقد استنادا إلى الأحكام العامة المقررة للفسخ في العقود الملزمة للجانبين متى كان شرط المنع من التصرف من الشروط الأساسية للتعاقد والتي بدونها ما كان يتم، إذ تكون مخالفة المتعاقد الآخر له في هذه الحالة إخلالا منه بأحد التزاماته الجوهرية مما يجيز للمتعاقد معه طلب فسخ العقد طبقا للمادة/١٥٧ (ويقابلها في القانون الكويتي مادة/٢٠٩)». وكذلك حكمها في ١٩٧٥/١٢/٣١ وقد جاء فيه، أن المشرع آثر في المادة/٨٢٤ «أن تكون طبيعة الجزاء هو بطلان التصرف المخالف، دون حاجة إلى فسخ التصرف الأصلي». مشار إليه في نفس الموضع السابق ص/٥٦٣، و هذا الحكم لا يفهم منه - على عكس ما قد يوحي به ظاهر عبارته الأخيرة - أن فسخ التصرف الأصلي لا يكون ممكنا، فهو لم يفصل في هذه الجزئية، وإنما فصل في طبيعة الجزاء المقرر للتصرف الذي تم بالمخالفة للمنع. ومن الفقه في نفس المعنى، البدراوي ص/٩٨ بند/٦٩.

(٣) من هذا الرأي: السنهوري ص/٥٢٥ بند/٣٢٣، محمد علي عرفه بند/٢٦٨، عبد الفتاح عبد الباقي بند/١١٨، محمد كامل مرسي ج/١ ط/١٩٥١ بند/٤١٤، جميل الشرقاوي، رسالة البطلان سابقة الإشارة ص/١١٣، ١١٤ بند/٤٠، وانظر عكس ذلك، وأنه بطلان نسبي، أنور طلبة ص/٦٢ (ناسبا إياه لحكم نقض ١٩٧٥/١٢/٣١ وهو لم يقل به حقيقة).

(٤) وتؤيد هذا التكييف المذكرة الايضاحية تعليقا على المادة/٨٢٤.

تتجاوز المصلحة التي يُقصد بالشرط المانع تحقيقها، من حيث سيكون بالإمكان والحال كذلك، للمحكمة أن تقضي بهذا البطلان من تلقاء نفسها، في الوقت الذي لن يكون فيه بالإمكان أن يرتفع هذا البطلان بالإجازة ولو من جانب المشترط نفسه، فقد اضطر بعض أنصار هذا الرأي إلى القول بأن هذه الأحكام تستبعد في هذا التطبيق بالذات من البطلان[1]. بل كان بعضهم الآخر أكثر صراحة فقال بأن الأمر هنا يتعلق ببطلان من نوع خاص لا يلزم رده إلى القواعد العامة في البطلان[2].

٤٠٧ ـ أما المشرع الكويتي فقد استخدم في هذا الشأن عبارات أكثر تفصيلا، تنأى بالجزاء المقرر فيها عن البطلان المطلق، وتقترب به أكثر من البطلان النسبي، فنص في المادة/٨١٦ على أنه:

«١ ـ إذا كان الشرط المانع من التصرف صحيحا، وتصرف المشروط عليه بما يخالف الشرط، جاز لكل من المشترط ومن تقرر الشرط لمصلحته إبطال التصرف.

٢ ـ ومع ذلك يصح التصرف المخالف للشرط، إذا أقره المشترط وذلك ما لم يكن الشرط قد تقرر لمصلحة الغير».

٤٠٨ ـ فالنص إذن يقيم نوعا من البطلان أقرب إلى البطلان النسبي، من حيث يقتصر حق التمسك به على المشترط، الذي تتوفر مصلحته دائما في التمسك به ولو كان الشرط قد وضع لمصلحة غيره. فتكفي مصلحته الأدبية[3] ليكون له حق التمسك بالبطلان. وكذلك لمن تقرر الشرط لمصلحته إن كان غير المشترط. وليس لأيٍّ من غير هؤلاء أن يتمسك به، ولا يجوز للمحكمة أن تقضي به من تلقاء نفسها.

ويبرر هذا القصر أن شرط المنع قد أريد به تحقيق مصلحة خاصة لشخص معين، فيجب أن يكون هذا الشخص هو صاحب الحق في التمسك بالبطلان. ويتفرع عليه، أن يكون لهذا الشخص النزول عن حقه هذا بإجازة التصرف المخالف فيرتفع عنه بطلانه.

فقط إذا كان المنع مشروطا لمصلحة المشروط عليه، فإن إجازته وحده لن تكون كافية لرفع هذا البطلان، بل لابد أيضا من إجازة المشترط، ليس فقط لما للأخير من مصلحة

---

(١) في هذا المعنى، محمود جمال الدين زكي بند/٥٢، وقرب البدراوي ص/١٠٤، بند/٧٢، إسماعيل غانم ص/٦٧، أحمد سلامة ص/١٥٦، محمد علي عمران ص/٢٩٨.

(٢) أنظر: الصده ص/١٥٠ بند/١٠٢، وقرب محمد لبيب شنب ص/٢٦٧ بند/٢٥٤.

(٣) في أن يلتزم المشروط عليه بالشرط.

أدبية في احترام الشرط وإنما لأن إعطاء المشروط عليه الإنفراد بإجازة التصرف سوف يجرد شرط المنع من كل قيمته، إذ يستطيع المشروط عليه، حينئذ، أن يتصرف دون أن يطلب البطلان، بل الغالب أنه سيحجم عن طلبه لكونه هو الذي باشر التصرف الباطل، فلا تكون هناك إذن فائدة من الشرط[1].

وهذا القيد هو ما كان المشرع يقصده حين استدرك، بالفقرة الثانية، على الحكم المقرر بالفقرة الأولى، قائلا: «ومع ذلك يصح التصرف المخالف للشرط إذا أقره المشترط...» فهو لم يقصد بلفظة «أقره» - كما ظن البعض[2] - أن يكون التصرف المخالف للمنع صحيحا موقوفا على الإقرار من جانب من تقرر المنع لمصلحته «إن أقره نفذ، وإن لم يقره طبقنا في شأنه الأحكام الخاصة بالتصرفات الموقوفة»[3] لأن تفسيرها على هذا النحو يُدمغ الفقرتين الأولى والثانية بتناقض يتعين تنزيه المشرع عنه[4].

٤٠٩ - أما عن وجه عدم اعتبار الجزاء المقرر بالمادة/٨١٦ محض تطبيق للبطلان النسبي، فهو ما للمشترط من حق التمسك بهذا البطلان رغم كونه ليس طرفا في التصرف المطلوب إبطاله، حين أن البطلان النسبي المألوف لا يتمسك به إلا طرف في العقد الباطل[5] هو الطرف الذي تقرر الإبطال لمصلحته.

الإحتجاج بالشرط المانع من التصرف على الغير:

٤١٠ - ولما كان الشرط المانع من التصرف يمكن أن يؤثر في حقوق الغير[6]، فقد بينت المادة/٨١٧ حدود إمكان الإحتجاج عليه به، فقضت بأنه «١ - لا يحتج بالشرط المانع أو المقيد للتصرف على الغير إلا إذا كان على علم به وقت التصرف أو كان في مقدروه أن يعلم به. ٢ - فإذا كان الشيء عقارا وتم شهر التصرف الذي ورد به الشرط، فيعتبر الغير عالما بالشرط من وقت الشهر». ونص هذه المادة من الوضوح بحيث لا يحتاج

---

(١) في هذا المعنى: الصده ص/١٥٠، ١٥١ بند/١٠٢، محمود جمال الدين زكي بند/٥٢، محمد لبيب شنب بند/٢٥٤.

(٢) (٣) ابراهيم الدسوقي ص/١٢٣ بند/١٤٨.

(٤) وهو نفسه يقول بأن جعل ترتيب التصرف المخالف للمنع، لأثره، وقفا على إقرار من تقرر المنع لمصلحته، لا يتلاءم مع الجزاء الذي رتبه المشرع على مخالفة الشرط وهو البطلان النسبي. أنظر ابراهيم الدسوقي بند/١٤٨.

(٥) أو من يمثله قانونا إن كان مرجع الإبطال هو نقص في أهلية هذا الطرف.

(٦) أو على حد تعبير المذكرة الايضاحية «نظرا إلى أن الشرط ينشيء قيدا عينيا يرد على المال ذاته» أنظر المذكرة الإيضاحية تعليقا على المادة/٨١٧.

إلى مزيد من الإيضاح.

الطبيعة القانونية للشرط المانع من التصرف:

أثارت هذه المسألة خلافا كبيرا بين الشراح. ولم يسلم رأى قيل فيها من الانتقاد من جانب أنصار الآراء الأخرى. ونوجز ـ فيما يلي ـ أهم هذه الآراء:

أ ـ شرط المنع ينتقص من أهلية المالك:

٤١١ ـ فذهب البعض إلى أن شرط المنع يجعل المالك، الممنوع من التصرف، ناقص الأهلية للتصرفات التي ترد على الشيء محل المنع[1].

ويؤخذ على هذا التكييف، أن أحكام الأهلية تتعلق بالنظام العام ولا يجوز التعديل فيها بإرادة الأفراد[2]، فالذي يملك أن يحد من أهلية شخص ما هو المشرع[3]. وأنه لو صح هذا التكييف لكان معناه أن الذي يستطيع أن يتمسك بإبطال التصرف المخالف للمنع هو المالك الذي انتقص الشرط من أهليته لهذا التصرف، حين أن الصحيح أن الذي يستطيع أن يتمسك بهذا الإبطال هو من تقرر المنع لمصلحته وقد لا يكون هو المالك وإنما المشترط أو الغير[4]. هذا إلى أن مناط الأهلية للتصرف هو التمييز، حين أن المنع من التصرف لا يرجع إلى نقصان في تمييز الممنوع من التصرف، ولهذا فإنه ليس من مقتضى المنع وجود شخص آخر يباشر التصرف نيابة عن الممنوع من التصرف طوال مدة المنع.

ب ـ شرط المنع ينشيء على عاتق المالك التزاما بامتناع عن عمل:

٤١٢ ـ وذهب البعض الآخر إلى أن شرط المنع ينشىء على عاتق المالك التزاما بامتناع عن عمل، هو التصرف، طول مدة المنع.

---

(١) صاحب هذا الرأي هو:

JOSSERAND (L): Cours de droit civil positif français. T. 1 3éd. 1938, No. 1850.

(٢) قرب: رينو ص/٩٦ بند/٥٦.

(٣) (٤) في هذا المعنى أيضا: الصدة ص/١٤٥، بند/١٠٠، البدراوي ص/١٠٢ بند/٧١.

(٥) أنظر: شفيق شحاته بند/١٠٣، البدراوي بند/٧١، جميل الشرقاوي: *نظرية بطلان التصرف القانوني* رسالة القاهرة ١٩٥٣ بند/٣٩، ٤٠ ومن الفقه الفرنسي: بارتان، كولان وكابيتان و دي لا موراندير مشار إليهم في الصده ص/١٤٥ هامش/٢.

ويؤخذ على هذا التكييف بدوره، أنه لا يستقيم في حالة ما إذا كان شرط المنع قد تقرر لمصلحة المالك نفسه، بما يترتب عليه أن يصبح هذا الأخير ملتزما لمصلحة نفسه، أو بتعبير آخر دائنا ومدينا في نفس الوقت وهو ما لا يجوز[1].

كما يؤخذ عليه أيضا، أنه يؤدي إلى نتيجة تتجاوز الغرض الذي يقصد تحقيقه من شرط المنع، وهو ضمان بقاء الشيء في ملك الممنوع من التصرف. لأن مخالفة هذا الإلتزام سوف تستتبع الفسخ مع التعويض. وكلاهما لا يفيد شيئا في تحقيق الغرض من الشرط[2]. فالمشترط لم يقصد بالمنع أن تعود إليه الملكية مرة أخرى على أثر التصرف المخالف للمنع.

وعند هذا النقد الأخير، قال بعض أنصار هذا التكييف[3]، بأن جزاء الإخلال بهذا الإلتزام سيكون هو بطلان التصرف المخالف للشرط، وذلك باعتبار هذا البطلان تنفيذا عينيا للإلتزام، تأسيسا على ما تقضي به المادة/٢١٢ مدني مصري (ويقابلها المادة/٢٩١ مدني كويتي) من أنه «إذا التزم المدين بامتناع عن عمل وأخل بهذا الالتزام، جاز للدائن أن يطلب إزالة ما وقع مخالفا للإلتزام». وهو تأسيس مردود. لأن البطلان لا يصلح طريقا للتنفيذ العيني. كما أن الإزالة التي تكلم عنها المشرع في النص السابق هي إزالة الأعمال المادية[4]. حين أن الأمر هنا يتعلق بتصرف قانوني.

جـ ـ شرط المنع يثقل الشيء بتكليف عيني:

٤١٣ ـ وعند البعض الثالث، أن المنع من التصرف ـ وهو يتعلق بالعين ذاتها ـ يثقل هذه العين بتكليف عيني charge réelle يجعلها هي ذاتها غير قابلة للتصرف فيها[5].

ويحرص بعض أنصار هذا الرأي[6] على التنبيه إلى أن ذلك التكليف لا يعني خروج

---

(١) (٢) في هذا المعنى، السنهوري ص/٥٢٥، ٥٢٦ بند/٣٢٣، الصدة ص/١٤٥، ١٤٦ بند/١٠٠.

(٣) أنظر البدراوي ص/١٠٥ بند/٧٢.

(٤) في هذا المعنى: السنهوري بند/٣٢٢، محمود جمال الدين زكي بند/٥٢، الصده بند/١٠٠.

(٥) أنظر: محمد على عرفه بند/٢٨١، السنهوري بند/٣٢٣ ص/٥٢٥، منصور مصطفى منصور بند/١١٢، محمد لبيب شنب بند/٢٥٤ ص/٢٦٨، وقرب محمود جمال الدين زكي بند/٥٢، ومن الفقه الفرنسي: رينو ص/٦٩ بند/٥٦، بلانيول وريبير وبيكار، وبيدان وفواران مشار إليهم في الصده ص/١٤٦ هامش/١.

(٦) الفقه المشار إليه في الهامش السابق، عدا محمد على عرفه.

الشيء من دائرة التعامل، لأن المالك (الممنوع من التصرف) يجوز له أن يتعامل على هذا الشيء بما لا يتعـارض مع الغرض من المنع، كما أن الملكية تنتقل من المالك (الممنوع من التصرف) إلى الغير بأسباب كسب الملكية الأخرى غير التصرف القانوني.

ويؤخذ على فكرة التكليف العيني هذه، فضلا عن غموضها، أنها لا تكون متصورة في الفرض الذي يكون فيه المنع من التصرف مقررا لمصلحة المالك نفسه، إذ لا يتصور أن يتقرر عبء على مال لمصلحة من يملكه. بل وحتى على فرض إمكان تصور ذلك، فإن التساؤل يبقى قائما عندئذ، لماذا لا نعتبر تصرف المالك ـ بالمخالفة للمنع ـ صحيحا على تقدير أنه قد تنازل عن هذا العبء أو التكليف مادام الفرض أنه مقرر لمصلحة؟ [1].

أما البعض الآخر من أنصار فكرة التكليف العيني، فيصل إلى حد القول بأن من شأن هذا التكليف أن يخرج الشيء عن دائـرة التعـامـل[2]. وهو ما يؤخذ عليه: أن إخراج الشيء عن دائرة التعامل لا يتأتى إلا عن طريق التشريع، ولاعتبارات تتصل بالمصلحة العامة[3]. كما أن من شأنه أن يكون البطلان الذي يلحق التصرف بطلانا مطلقـا، حين يبـدو أن الجـزاء الذي يلحق مخالفة هذا الشرط لا يحظي بخصائص البطلان المطلق، حيث لا يستطيع التمسك به إلا من وضع الشرط لمصلحته[4].

د ـ المنع من التصرف تعديل اتفاقي للنظام العادي للملكية في ظل الإرادة الشارعة:

٤١٤ ـ وإزاء ما أخذ على الآراء السابقة جميعا، اكتفى البعض بالقول بأن المنع من التصرف ـ من حيث يشكـل قيدا على سلطات المـالك[5] ـ هو تعديل في النظام العادي للملكية بمقتضى إرادة الأفراد التي (أي هذه الإرادة) خوّلها القانون سلطة هذا التعديل[6] مادام يبرره باعث قوي. ونحن نؤيد الإكتفاء بمثل هذا التحليل (و إن بدا في ظاهره كما لو كان التفافا على المسالة المطروحة أكثر منه حسما لها)، ولا نرى من مبرر للتشبث برد الشرط المانع إلى أحد الأنماط القانونية المعروفة.

---

(١) قرب الصده بند/ ١٠٠.

(٢) محمد علي عرفه بند/ ٢٨١.

(٣) في هذا المعني السنهوري، الموضع السابق، منصور مصطفى منصور بند/ ٤٧ البدراوي بند/ ٧١.

(٤) في هذا المعنى: البدراوي الموضع السابق.

(٥) (٦) أنظر في هذا المعنى: اسماعيل غانم ص/ ٦٤، أحمد سلامة ص/ ١٥٥، محمد علي عمران ص/ ٢٩٤، الصدة ص/ ١٤٧ بند/ ١٠٠، ومن الفقه الفرنسي: ريبير وبولانجي مشار اليهما في الصده الموضع السابق هـ/ ٢.

الفصل الثاني

الأحكام الخاصة بالملكية الشائعة

تمهيـــد

٤١٥ ـ تجدر الإشارة ـ إبتداء ـ إلى أن الشيوع L'indivision حالة، كما تتحقق في الملكية تتحقق في الحقوق العينية الأخرى[1]. فقد يكون شيوع في حق انتفاع، أو في حق *ارتفاق*، أو حتى في رهن.

لذلك، فعندما عرض المشرع لمعنى الشيوع، لم يضع تعريفا له يقتصر على الملكية الشائعة كما فعل المشرع المصري، وإنما وضع تعريفا عاما يصدق على كل صور الشيوع، فنص في المادة/٨١٨ـ١ على أنه: «إذا تعدد أصحاب الحق العيني على شيء، غير مفرزة حصة كل منهم، فهم شركاء على الشيوع...».

لكن الشيوع يقتصر على الحقوق العينية، أما تعدد *أصحاب الحق الشخصي* ـ وهو ما تعبّر عنه مجلة الأحكام العدلية بشركة الدين[2] ـ فلا يعتبر شيوعا ويخضع لأحكام أخرى غير أحكام الشيوع.

ولما كان الشيوع في الملكية هو أهم صور الشيوع وأكثرها تحققا في الواقع العملي، فقد رأى المشرع وضع النصوص الخاصة بالشيوع في باب الملكية (في المواد من ٨١٨ ـ ٨٧٤)، منوّها ـ دفعا لكل شك ـ إلى أن هذه الأحكام تسري أيضا على حالات الشيوع في الحقوق العينية الأخرى ما لم تتعارض مع طبيعة هذه الحقوق أو مع نص القانون[3].

٤١٦ ـ ومرجع حرص المشرع على تنظيم أحكام الملكية الشائعة واضح. فتعدد الملاك لشيء واحد من شأنه أن يجعل استغلال هذا الشيء أكثر تعقيدا مما لو انفرد بالملكية شخص واحد، إذ كثيرا ما تختلف وجهات نظر الملاك في كيفية الاستغلال مما يؤدي إلى صعوبات قد تصل إلى حد التهديد بتعطيل استغلال الشيء، ولهذا تعتبر حالة الشيوع ـ من الناحية الاقتصادية ـ غير مرغوب فيها، ولكنها مع ذلك حالة ضرورية لا يمكن تجنبها. ويكفي للتدليل على ذلك، الإشارة إلى ما يترتب على الوفاة من أيلولة

---

(١) في هذا المعنى: أتياس بند/٩٥، ٩٦، شاباس بند/١٣٠٨.

(٢) للمقابلة بينه وشركة الملك.

(٣) فنص في الفقرة الثانية من المادة/٨١٨ سالفة الذكر على أنه: «وتسري النصوص التالية على الملكية الشائعة، كما تسري على الحقوق العينية الشائعة الأخرى، ما لم تتعارض مع طبيعة الحق أو مع ما يقرره القانون».

أموال التركة للورثة شائعة بينهم لفترة من الزمن قد تطول. من هنا كان لابد من تنظيم الملكية الشائعة، على نحو يقلّل بقدر الإمكان من الصعوبات التي تنشأ عن تعدد أصحاب الحق الواحد، كما كان لابد أيضا من تيسير إنهاء حالة الشيوع عن طريق القسمة.

٤١٧ ـ وقد عرض المشرع أولا للشيوع العادي فبيّن أحكامه (من حيث إدارة المال الشائع والتصرف فيه)، وانقضاء الشيوع بالقسمة، ثم عرض بعد ذلك للشيوع الإجباري موليا عناية خاصة لأهم تطبيق من تطبيقاته وهو ملكية الطبقات والشقق.

تقسيـــم:

وهكذا نوزع الدراسة في هذا الفصل على مبحثين على النحو التالي:

المبحث الأول: الشيوع العادي (الملكية الشائعة بوجه عام).

المبحث الثاني: الشيوع الإجباري، وأهم تطبيقاته (ملكية الطبقات والشقق).

المبحث الأول

الشيوع العادي
(الملكية الشائعة بوجه عام)

تمهيد

في التعريف بالملكية الشائعة، وطبيعتها:

٤١٨ ـ الملكية الشائعة[1] صورة من الملك، فيها يتعدد على الشيء الواحد أكثر من حق ملكية بحيث يكون لكل مالك من الملاك حصة في مجموع الشيء المملوك. فكل منهم ـ إذن ـ يملك في الشيء بأكمله[2]، لكن ملكيته تقتصر على نسبة معينة فيه[3]. وهو إذ يملك في الشيء كله تكون له عليه سلطة استعماله و استغلاله والتصرف فيه، لكنه يتقيد في ذلك بما لشركائه في الملك من ذات السلطات. وتعبيرا عن هذا المعنى قضت المادة/٨١٩ بأن: «١ ـ لكل شريك الحق في استعمال الشيء الشائع واستغلاله بقدر حصته وبمراعاة حقوق شركائه. ٢ ـ وله أن يتصرف في حصته الشائعة»[4].

٤١٩ ـ والملكية الشائعة ملكية فردية (pro-Individuelle) وليست ملكية جماعية

---

(١) La propriété indivise, La Copropriété

(٢) أو كما يعبر أتياس «يقع (حق كل منهم) على الشيء في كل مادته.

«Porte sur toute la matrialité de la chose».

بند/١٠١، وفي نفس المعنى محمود جمال الدين زكي بند/٦٣.

(٣) وفي هذا المعنى يقول أتياس:

«Chacun en a sa part et tous l'ont tout entier».

(٤) ويقابلها في مصر نص المادة/٨٢٦ـ١ الذي يجري على النحو التالي: «كل شريك في الشيوع يملك حصته ملكا تاما، وله أن يتصرف فيها وأن يستولي على ثمارها، وأن يستعملها، بحيث لا يلحق الضرر بحقوق سائر الشركاء» وانظر من تطبيقات القضاء: نقض ١٩٧٩/٢/٧ (خلف ٧٤ـ٣١).

(Pro-Collective) ، لأن كل شريك في الشيوع يملك حصته ملكا تاما[1] فيما أنه في الملكية الجماعية لا يملك أي واحد من جماعة الملاّك بمفرده لا الشيء المملوك ولا أية حصة فيه، بل الكل يملكون مجتمعين - دون أن تكون لهم شخصية معنوية - كل الشيء المملوك.

ولا يغير تعدد الملاك من طبيعة الحق[2]، فهو حق ملكية[3] بل ولا يتعارض مع ما توصف به الملكية عادة من أنها حق مانع (أو استئثاري)[4] وقد بينا ذلك في موضع سابق[5،6].

إنما دون هذا التعدد لا نكون بصدد ملكية شائعة. ولذلك فإنه لا يترتب، مثلا، على عقد الشركة أن تصبح أموال هذه الأخيرة مملوكة للشركاء على الشيوع، وإنما تكون هذه الأموال مملوكة ملكية مفرزة للشركة بوصفها شخصا اعتباريا له ذمة مالية مستقلة عن ذمة كل شريك. ولا تصبح هذه الأموال مملوكة للشركاء على الشيوع إلا بعد انحلال الشركة وتصفيتها[7][8].

---

(١) في هذا المعنى أتياس ص/١٠٣ بند/٩٥، كما أشارت إليه أيضا المذكرة الايضاحية للقانون المدني المصري تعليقا على المادة/٨٢٥ في معرض نظرتها للملكية الشائعة بحسبانها وضعا وسطا بين الملكية المفرزة والملكية الجماعية.

(٢) راجع في الطبيعة القانونية للملكية الشائعة:

DELHAY (Fr): La nature juridique de l'indivision, Paris, L.G.D.J., 1968; IONASCO: La copropriété d'un bien Paris, 1930; DURAND (P): Droits des copropriétaires sur les biens indivis: Rev. Crit. lég. et juris. 1935, To. 55, P. 14, et s., CARBONNIER (J): *Droit civil, To.* 3, Paris, 13 éd, 1990 P. 141 et s. No. 80; JOSSERAND: Cours de droit civil positif: français, To. 1; 3 éd. 1938, No. 1781; VAREILLES - SOMMIERS De la copropriété. Rev. crit. leg. et juris, 1907; VAN BRIERULET: cours de droit civil, 1921, No. 257 et s,; VINCENT Les propriétés collectives, l'indivision et l'effet declaratif du partage. Rev. Crit. 1932, P. 284; BONNECASE Précis de droit civil, To. 3, 1935, No. 52 et s.

(٣) بل وكما تؤكد محكمة النقض المصرية «حق ملكية حقيقية» انظر نقض ١٩٤٠/١/١١ (خلف ٤٦ - ٢٣)، نقض ١٩٤٠/٣/٧ (خلف ٥٤ - ٢٥).

(٤) (٥) أنظر سابقا بند/١٧.

(٦) وبوجه عام، فإن الملكية الشائعة «تظل محتفظة بكل خصائص حق الملكية. فالذي يتغير هو فقط عدد أصحاب هذا الحق» أتياس ص/١٠٣ بند/٩٥.

(٧) في هذا المعنى: شاباس بند/١٣٠٧-١.

(٨) لكن ليس ما يمنع - بداهة - أن تكون ملكية لعدة أشخاص اعتباريين (كشركات مثلا) شائعة بينهم على شيء واحد.

مصادر الشيوع، وقرينة تساوي الحصص:

٤٢٠ ـ ومصـادر الملكية الشائعة هي نفس *أسباب كسب الملكية*. فكل سبب يؤدي إلى كسب الملكية المفرزة يمكن أن ينشيء حالة الشيوع إذا اتصل ـ في ذات الوقت ـ بأكثر من شخص واحد.

وأكثر ما ينشيء الملكية الشائعة، عملا، هو الميراث. إنها قد تنشأ الملكية الشائعة أيضا عن الوصية [١]، وعن العقد [٢]، بل وعن سائر أسباب كسب الملكية الأخرى [٣] وإن كان ذلك أقل انتشارا.

٤٢١ ـ وغالبا ما يحدد السبب المنشيء للشيوع حصة كل مشتاع. كأن يوصى شخص بمال لثلاثة أشخاص على أن يكون لأحدهم النصف ولكل من الباقين *الربع*. وقد يستفاد هذا التحديد ضمنا: كأن يشتري شخصان شيئا ويدفع أحدهما ثلثي ثمنه والآخر الثلث، فإنه يمكن أن يستخلص من ذلك أنهما يتملكان الشيء *ملكية شائعة* بنسبة ما دفعه كل منهما من ثمنه [٤]. وفي خصوص أموال التركة بالذات تتحدد حصة كل وارث بنسبة نصيبه في الميراث.

فإذا لم يحدد السبب المنشيء للشيوع حصة كل شريك، **افترض عندئذ أن حصصهم جميعا متساوية ما لم يثبت عكس ذلك** (م/٨١٨).

تقسيـــم:

بعـد هذا التمهيد، نوزع الدراسة في هذا المبحث على مطلبين، نخصص أولهما لأحكام الشيوع، فيما نكرس الثاني لقسمة المال الشائع.

---

(١) كما لو أوصى شخص لاثنين بمال على الشيوع.

(٢) كما لو اشترى عدة أشخاص مالا واحدا على الشيوع بينهم.

(٣) وإذا ثار شك لأول وهلة حول ما إذا كانت الملكية الشائعة يمكن أن تنشأ عن الاستيلاء بالذات، فيكفي لدفع هذا الشك أن نمثل بالصيد الجماعي. فجماعة الصيادين يتملكون ـ بالاستيلاء ـ نتاج الصيد على الشيوع بينهم.

(٤) بافتراض أن العقد لم يحدد صراحة حصة كل منهما فيه.

المطلب الأول
أحكام الشيوع
(التنظيم القانوني لإدارة المال الشائع)
وللتصرف فيه

تمهيد: في المبادىء التي ينطلق منها هذا التنظيم:

٤٢٢ - أشرنا من قبل إلى الحقيقة التي لا يمكن تجاهلها وهي أن من شأن الشيوع أن يجعل استغلال المال الشائع أكثر تعقيدا مما لو كان فرد واحد هو الذي ينفرد بملكية هذا المال. إذ كثيرا ما تختلف وجهات نظر الملاّك في كيفية الاستغلال مما يؤدي إلى صعوبات قد تصل إلى حد التهديد بتعطيله كلية. ومن هنا كان لابد من تنظيم إدارة المال الشائع والتصرف فيه، تشريعيا، على نحو يقلل بقدر الإمكان من هذه الصعوبات.

٤٢٣ - وقد مهّد المشرع لهذا التنظيم بعرض المبادىء التي ينطلق منها:

أ - فنص في المادة/٨١٩-١ على أن: «لكل شريك الحق في استعمال الشيء الشائع واستغلاله...». وما ذلك - في الحقيقة - إلا لكون حق الشريك في المال الشائع هو حق ملكية. لكن، نظرا لما لشركائه الآخرين من ذات الحقوق، فقد قيد المشرع هذا المبدأ بقيدين: الأول يتعلق بمدى هذا الحق، فنص على أن يكون استعمال الشريك للشيء الشائع أو استغلاله له «بقدر حصته». والثاني يتعلق بكيفية مباشرة الحق، فنص على أن يكون هذا الاستعمال أو هذا الاستغلال «بمراعاة حقوق شركائه».

ومن هذا: فإن الأعمال التي يجوز للشريك أن ينفرد بالقيام بها هي «تلك التي تتفق مع ما أعدّ له الشيء الشائع ويستطيع الشركاء جميعا في الوقت ذاته أن يقوموا بها»[1] كالمرور في الطريق الشائع، أو ريّ الأرض من المسقاة الشائعة. أما أعمال الاستعمال أو الاستغلال التي لا تقبل المشاركة لأنها تقتضي الاستئثار بالشيء الشائع أو بجزء منه، كالبناء على جزء من الأرض الشائعة أو زراعته، فلا يجوز لأي شريك أن ينفرد بالقيام

(١) الصده ص/١٦٣ بند/١١٢.

بها حتى ولا على جزء معادل لحصته، لأنه إذ ذاك لا يراعي ما لشركائه من ذات الحق على ذات الجزء.

ب ـ من جهة أخرى، فإزاء كون حق كل شريك يتعلق بالمال الشائع كله، بما يستوجب ألا يستقل شريك أو أكثر بأي عمل يمكن أن يؤثر على حقوق الباقين، كان المفروض أن تكون إدارة المال الشائع والتصرف فيه بإجماع المشتاعين. لكن نظرا لتعذر هذا الإجماع في كثير من الأحيان، الأمر الذي قد يؤدي إلى تعطيل الانتفاع بالمال أو إلى ضياع صفقة رابحة، رأى المشرع من الضروري الاكتفاء، في أعمال الإدارة والتصرف، بقرار الأغلبية، محسوبة هذه الأخيرة لا على أساس الرؤوس وإنما على أساس قيمة الحصص[1]، مع تفاوت في نسبة الأغلبية المطلوبة وفقا لمدى خطورة المعارضة في قرار الأغلبية. فنص في المادة/ ٨٢٠ على أن: «تكون إدارة المال الشائع والتصرف فيه من حق الشركاء مجتمعين، ما لم ينص القانون على خلاف ذلك».

تقسيـــــم:

في ضوء المباديء السابقة، نوجز تنظيم إدارة المال الشائع والتصرف في هذا المال، في فرعين على النحو التالي:

---

(١) إلا في الفرض المنصوص عليه بالمادة/٨٢٨ كما سنعرض له في حينه، انظر لاحقا بند/٤٣٥.

الفــرع الأول
إدارة المــال الشائــع[1]

المبدأ العام في إدارة المال الشائع:

٤٢٤ ـ بديهي أنـه إذا اتفق الشركـاء جميعـا على أي عمل من أعمال الإدارة، فاتفاقهم صحيح يلزم الجميع.

وكان المنطق القانوني ـ والجميع يملك في المال الشائع ـ يقتضي هذا الاتفاق في كل ما يمكن أن يمس مصالح الشركاء جميعا بما في ذلك أعمال الإدارة أيا كانت. وعلى هذا المقتضى جعل المشرع الأصل هو أن تكون إدارة المال الشائع من حق الشركاء مجتمعين (م/ ٨٢٠).

سلطة أغلبية الشركاء:

٤٢٥ ـ لكن نظرا إلى أنه كثيرا ما يتعذر اتفاق الجميع، وبخاصة إذا كثر عدد الشركاء، فقد اكتفى المشرع بالأغلبية، مفرّقا في نسبتها تبعا لمدى أهمية هذه الأعمال وما إذا كانت من أعمال الإدارة المعتادة أو من أعمال الإدارة غير المعتادة:

أ ـ أعمال الإدارة المعتادة:

٤٢٦ ـ ويقصد بأعمال الإدارة المعتادة الأعمال التي تباشر لاستغلال المال الشائع دون أن تؤدي إلى إحداث تغييرات أساسية فيه ولا التعديل في الغرض الذي أعد له.

٤٢٧ ـ ومثل هذه الأعمال يجوز للأغلبية العادية (أي لمن يملكون من الشركاء أكثر من نصف الحصص) أن تقوم بها (م/ ٨٢١ـ١).

وحيث تحسب الأغلبية على أساس قيمة الحصص لا بعدد الرؤوس، فإنه يتصور أن

---

(١) راجع في إدارة الملل الشائع في القانون الفرنسي (مادة ٨١٥ـ٣ معدلة بقانون ٣١ ديسمبر ١٩٧٦)، رينو ص/٨١ وما بعدها بند/ ٦٠ـ٧، شاباس بند/١٣١٢ـ١ ، أتياس ص/١١٠ وما بعدها بند/١٠١٣.

تتمثل هذه الأغلبية عملا في شخص واحد إذا كانت حصته تزيد على النصف في المال الشائع[1].

٤٢٨ ـ ولهذه الأغلبية، بدلا من أن تقوم بهذه الأعمال مباشرة أي بنفسها، أن تعين مديرا، سواء من الشركاء أنفسهم أو من غيرهم، ليقوم بها (م/٨٢١ـ١). كما أن لها أن تضع نظاما للإدارة (١/٨٢١) كأن تقرر مثلا عدم جواز التأجير لأكثر من مدة معينة أو مع إيداع ريع المال في مصرف معين... الخ. وهو حكم تظهر فائدته بوجه خاص عندما يكون القائم بهذه الأعمال هو المدير.

٤٢٩ ـ وما تتخذه الأغلبية ـ سواء باشرت عملا من أعمال الإدارة بنفسها، أو عينت مديرا، أو وضعت نظاما للإدارة ـ يسرى في حق جميع الشركاء وخلفائهم، سواء كان الخلف عاما أو خاصا (م/٨٢١ـ٢)[2].

على أن التزام الأقلية بما تقرره الأغلبية مشروط ـ طبقا للقواعد العامة ـ بعدم تعسف الأغلبية في استعمالها لحقها، خصوصا إذا كانت هذه الأغلبية تتمثل في عدد قليل من الأشخاص أو من باب أولى في شخص واحد «*فتراعي مصلحتها وحدها*، أو تتصرف وفق أهوائها، مهددة مصالح الأقلية، وإلا كانت تصرفاتها غير نافذة في مواجهة الأقلية[3]. وللأقلية، على أي حال، ملجأ آخر تلوذ به في هذه الحالة وهو طلب القسمة للخروج من الشيوع[4].

٤٣٠ ـ فإذا لم تتوافر أغلبية على النحو المتقدم، كان للمحكمة ـ بناء على طلب أي شريك ـ أن تتخذ من التدابير ما تقتضيه الضرورة، أو حتى ما تقتضيه المصلحة (م/٨٢٢)[5]، منعا لتعطيل الانتفاع بالمال الشائع. كما لو وجد مستأجر يعرض الاستئجار بأجر مناسب، فيكون للمحكمة أن تقرر التأجير له. بل وللمحكمة أن تعين ـ عند الحاجة[6] ـ من يدير المال الشائع (م/٨٢٢).

(١) فالتحفظ الوارد في المادة/٨٢٨، كما سيجيء، لا يتعلق بهذا النوع من الأعمال، وإنما يتعلق بأعمال الإدارة غير المعتادة أو بأعمال التصرف. انظر لاحقا بند/٤٣٥، بند/٤٤٥.

(٢) أما النص المصري المقابل (٨٢٨ـ٢) فيجعل ـ دون مبرر ـ ما يسرى على الخلف مقصورا على ما تضعه الأغلبية من نظام للإدارة فقط.

(٣) محمود جمال الدين زكي بند/٧١ (بل ويجعل للأقلية الرجوع على الأغلبية بالتعويض) وفي نفس المعنى، السنهوري ص/٨٢٧ بند/٤٩٧، الصدة ص/١٦٦ بند/١١٤.

(٤) انظر السنهوري الموضع السابق.

(٥) أما النص المصري المقابل (م/٨٢٨ـ١) فيقصر سلطة المحكمة على اتخاذ ما تقتضيه الضرورة.

(٦) أي عندما تبرر الظروف ذلك.

٤٣١ ـ وقد يحدث أن يتولى شريك بمفرده عملا من أعمال الإدارة المعتادة. فإذا لم يعترض عليه ـ في وقت مناسب ـ من يملكون أغلبية الحصص، هؤلاء الذين كان لهم الحق فيما قام به هو من العمل، «اعتبر فيما قام به[١] نائبا عن الجميع» (م/٨٢٣). معنى ذلك أنه يكفي لنفاذ ما قام به هذا الشريك في مواجهة سائر الشركاء عدم اعتراض الأغلبية عليه ولو اعترض بعضهم. وفي هذا الحكم يختلف القانون الكويتي عما قد يفهم من حرفية النص المصري المقابل، ذلك الذي يجعل نفاذ ما ينفرد به الشريك في حق باقي الشركاء رهنا بعدم اعتراض «الباقين» عليه[٢]، مما يوحى بأن المقصود هو عدم اعتراض أي شريك آخر. وفهمه على هذا النحو يجعل منه حلا منتقدا. إذ الواقع أنه لو اعترض البعض ولم يعترض البعض الآخر، وكان الذين لم يعترضوا يملكون أغلبية الحصص، أي يملكون الإدارة، فافتراض موافقتهم ـ وهو الأساس الذي يقوم عليه اعتبار من قام بالعمل نائبا عن الجميع ـ يكفي لجعل تصرف الشريك نافذا كما لو كان قد صدر من الأغلبية. لذلك فالملاحظ أن الفقه المصري يتجاوز حرفية هذا التعبير ويفسر النص في ذات المعنى الذي يستفاد من النص الكويتي[٣].

أما إذا اعترض من لهم أغلبية الحصص، في وقت مناسب، فيكون ما قام به الشريك غير نافذ في حق سائر الشركاء، من اعترض منهم ومن لم يعترض. وتقدير ما إذا كان الاعتراض تم في الوقت المناسب أم لا، يترك لقاضي الموضوع في ضوء ظروف كل حالة على حده.

ب ـ أعمال الإدارة غير المعتادة:

٤٣٢ ـ يقصد بأعمال الإدارة غير المعتادة الأعمال التي تباشر «في سبيل تحسين الانتفاع» بالمال الشائع (م/٨٢٤ـ١)، والتي تقتضي إحداث تغيير أساسي في هذا المال أو التعديل في الغرض الذي أعدّ له: كالبناء في الأرض، أو هدم جزء من البناء لإعادة بنائه على شكل آخر، أو تحويل المبنى المعد للسكن إلى فندق، أو تحويل الأرض المعدة

---

(١) أي فقط في العمل الذي تم دون اعتراض. وفي هذا التحديد يكون نص المادة/٨٢٣ أكثر دقة من مقابله في القانون المصري (٨٢٨ـ٣)، الذي يعمم فيقول أنه: «و إذا تولى أحد الشركاء الإدارة دون اعتراض من الباقين عد وكيلا عنهم». وهو تعميم قد يظن معه أن نيابة الشريك الذي قام بالعمل، عن الباقين، لا تقتصر على ما قام به وإنما تمتد الى اعمال أخرى، وهو غير مقبول.

(٢) مادة ٨٢٨ـ٣ مدني مصري.

(٣) أنظر مثلا: السنهوري ص/٨٢٦ بند/٤٩٦، محمود جمال الدين زكي بند/٧٢، الصده ص/١٦٧ بند/١١٤.

للزراعة إلى غرض آخر. . الخ[1].

٤٣٣ - وهذه الأعمال، نظرا لخطورتها، لم يكن من المقبول أن يكتفي المشرع فيها بسلطة الأغلبية المطلقة للشركاء على النحو الذي رأيناه في أعمال الادارة المعتادة[2]. لكن لما كان من غير المقبول أيضا أن يستلزم فيها إجماع الشركاء، لما يفسحه ذلك من مجال لعناد محتمل من جانب الأقلية إضرارا بمصالح الأغلبية، فقد وضع المشرع لها حلاً وسطاً، مقتضاه، أن الذي يملك اتخاذ القرار بالقيام بهذه الأعمال هم من يملكون على الأقل ثلاثة أرباع المال الشائع. لكن هذا القرار لا يكون قابلا للتنفيذ تلقائيا، وإنما بعد أن تنقضي مدة ثلاثين يوما، محسوبة من تاريخ إخطار باقي الشركاء بهذا القرار، كتابة، وعدم اعتراض أي منهم عليه، أو بعد أن تفصل المحكمة في هذا الاعتراض وتعتمد القرار.

وفي هذا تقول المادة/٨٢٤: «١ - للشركاء الذين يملكون على الأقل ثلاثة أرباع المال الشائع أن يقرروا في سبيل تحسين الانتفاع بهذا المال من التغييرات الأساسية والتعديل في الغرض الذي أعد له ما يجاوز الإدارة المعتادة، على أن يخطروا باقي الشركاء بذلك القرار كتابة قبل إحداث التغيير أو التعديل، ولمن خالف من هؤلاء أن يتقدم إلى المحكمة باعتراضه خلال ثلاثين يوما من وقت الإخطار.

٢ - وللمحكمة إذا اعتمدت قرار الأغلبية، أن تقرر ما تراه مناسبا من التدابير»[3].

٤٣٤ - وبديهي أن للمحكمة - وهي تفصل في الاعتراض - أن تقضي بعدم جواز إجراء التغيير أو التعديل الذي قررته هذه الاغلبية (على ارتفاع نسبتها)، إذا تبين لها أنه

---

(١) ولخطورة هذه الأعمال يراها البعض أقرب إلى أعمال التصرف المادي، أنظر محمود جمال الدين زكي بند/٧٥.

(٢) أي اغلبية من يملكون ما يزيد على النصف.

(٣) ويقابلها في مصر، مع بعض الاختلافات اليسيرة، نص المادة/٨٢٩. وانظر مع ذلك حكم نقض ١٩٤٠/١/١١ الصادر في ظل التقنين المدني المصري الملغي (خلف ٤٦-٢٣) وفيه قضت المحكمة - إنطلاقا من مبدأ أن لكل من الشركاء على الشيوع حق ملكية حقيقية في حصته الشائعة»، بأنه «إذا تمكن أحدهم من إقامة بناء على جزء من العقار المشترك فإنه لا يعد بانيا في ملك غيره. . .، ولا يغير من ذلك ما للشريك الآخر من حق ملكية على الشيوع في الجزء الذي حصل عليه البناء، فإن كل ما له هو أن يطالب من أقام البناء بقسمة العقار المملوك لهما على الشيوع ثم يرتب حقه على ما يظهر من نتيجة القسمة».

وانظر في اعتبارات الواقع التشريعي التي ألجأت المحكمة إذ ذاك إلى أصدار مثل هذا الحكم، واتجاه غالبية الفقه إلى عدم جواز القضاء بمثله في الوقت الحاضر بعد صدور التقنين المدني الحالي، السنهوري ص/٨٣٣ وما بعدها بند/٥٠٢ والهوامش.

لا يؤدي إلى تحسين الانتفاع بالشيء. بل إن التفسير الحرفي للفقرة الأولى من النص السابق قد يجعل ذلك واجبا على المحكمة، لأنه يفترض أن التغيير أو التعديل الذي يجعل للأغلبية أن تقرره، هو التغيير أو التعديل الذي يتقرر «في سبيل تحسين الانتفاع» بالمال الشائع.

وللمحكمة - على العكس - أن تعتمد قرار الأغلبية كما هو دون أي قيد. كما أن لها - وفقا لصريح الفقرة الثانية من نص المادة/٨٢٤ - أن توافق على القرار، مقررة في نفس الوقت ما تراه مناسبا من التدابير.

وحرصا من المشرع على تأكيد معنى أن المحكمة يجب عليها - وهي تفصل في الاعتراض - أن تتحقق من ملاءمة قرار الأغلبية، لم ينقل عن النص المصري المقابل إضافة وردت فيه في خصوص ما للمحكمة من سلطة إذا ما وافقت على قرار الأغلبية، تقضي بأن يكون لها «بوجه خاص أن تأمر بإعطاء المخالف من الشركاء كفالة تضمن الوفاء بما قد يستحق من التعويضات؛ «لأن صياغة مثل هذه» تعني في الواقع أن المحكمة تتخلى عن مهمتها الأساسية وهي التحقق من ملاءمة القرار نفسه وتحكم للأغلبية بأن تقوم بها قرينة على مسئوليتها وهو أمر غير مقبول»[1][2].

٤٣٥ - هذا وتحسب الأغلبية هنا أيضا على أساس قيمة الحصص، مع قيد مهم في شأن هذه الأعمال[3] نص عليه المشرع في المادة/٨٢٨، مفاده اعتبار هذه الأغلبية غير متوافرة إذا كان الذي يملك ثلاثة أرباع المال الشائع (أو حتى أزيد) هو - بالفرض - شخص واحد. ففي هذه الحالة لا يجوز لهذا الشريك أن ينفرد بالقيام بهذه الأعمال. وفي هذا تقول هذه المادة: «في الحالات التي ينص فيها القانون على حق أغلبية الشركاء في الإدارة غير المعتادة أو التصرف، لا تتوفر الأغلبية في شريك واحد مهما بلغت حصته في المال»[4].

---

(١) انظر المذكرة الايضاحية للقانون المدني الكويتي تعليقا على المادة/٨٢٤.

(٢) إنما ليس ما يمنع المحكمة - استعمالا لسلطتها في تقرير ما تراه مناسبا من التدابير - أن تحكم بكفالة، لا لضمان ملاءمة قرار الأغلبية ذاته (فبعد أن توافق المحكمة على هذا القرار يفترض أنه في محله)، وإنما لضمان ما قد ينشأ من أخطاء في التنفيذ. انظر المذكرة الإيضاحية تعليقا على الفقرة/٢ من المادة/٨٢٤.

(٣) وينسحب أيضا على أعمال التصرف.

(٤) وتبرر المذكرة الإيضاحية هذا القيد على أساس من أنه يحد من عيوب الأخذ بنظام الأغلبية، لأنه «حتى مع الأخذ بمبدأ حساب الأغلبية على أساس حصص الشركاء، وهو المبدأ الذي روعي فيه وزن المصالح، إلا أن وزن المصالح ليس هو كل شيء، فيجب أن يتعدد الرأي وبالتالي يجب أن تكون الأغلبية لشريكين على الأقل». انظر المذكرة الايضاحية تعليقا على المادة/٨٢٨. ونحن إذ نوافق على هذا التبرير، إلا أن ما أشارت

الأعمال اللازمة لحفظ المال الشائع (سلطة كل شريك):

٤٣٦ ـ وقد يكون المال الشائع في حاجة إلى اتخاذ أعمال معينة تكون لازمة لحفظه. لذلك أعطى المشرع لكل شريك الحق في أن يتخذ مثل هذه الأعمال من دون حاجة إلى موافقة باقي الشركاء، فنصت المادة/ ٨٢٥ على أن: «لكل شريك الحق في أن يتخذ من الوسائل ما يلزم لحفظ الشيء الشائع، وذلك دون حاجة لموافقة باقي الشركاء».

ويستوي في هذا الشأن أن تكون أعمال الحفظ هذه، مادية: مثل الترميم والصيانة وجني الثمار في موعدها قبل أن تتلف، أو إجراءات أو تصرفات قانونية: مثل رفع دعاوي الحيازة ضد من يعتدى على حيازة الشركاء أو قطع التقادم الساري لمصلحة من يحوز المال بنية تملكه، أو الوفاء بدين الدائن المرتهن توقيا من التنفيذ على المال.

ونظرا لأن مثل هذه الأعمال لا تحتمل التأخير، لم يخضعها المشرع للقواعد الخاصة بأعمال الإدارة بوجه عام من حيث ضرورة توافر أغلبية للقيام بها، فلكل شريك أن يقوم بها وحده.

والشريك إذ يقوم بهذه الأعمال يقوم بها بحكم القانون لحساب الشركاء جميعا، ولهذا فهو يرجع على كل منهم بحصته فيما أنفق (م/ ٨٢٦).

نفقات الحفظ والإدارة:

٤٣٧ ـ وبوجه عام تكون «نفقات حفظ المال الشائع، وإدارته، وسائر التكاليف المفروضة عليه» كالضرائب والرسوم، على الشركاء جميعا يتحملونها «كل بنسبة حصته» في المال الشائع، فالفرض أنها أنفقت لمصلحة الجميع. وعلى هذا الحكم صريح المادة/ ٨٢٦ التي استدركت قائلة «ما لم يتفق الشركاء جميعا على غيره أو يقض القانون بخلافه». ولذلك فليس ما يمنع أن يتفق الشركاء على نسبة أخرى في توزيع هذه النفقات، أو أن يعفوا أحدهم منها أو من بعضها، كما قد ينص القانون ـ في حالة خاصة ـ على خلاف حكم هذا النص الذي يقرر القاعدة العامة.

إليه المذكرة الايضاحية من أن هذا القيد يسرى، سواء في أعمال الإدارة (المواد من ٨٢١ ـ ٨٢٤) أو أعمال التصرف غير دقيق، لأن نص المادة/ ٨٢٨ واضح في أن هذا القيد، فيما يتعلق بأعمال الإدارة، مقصور على أعمال الإدارة غير المعتادة فقط.

الفـرع الثـاني

التصـــرف في المـال الشائع

الفروض المتصورة للتصرف، تقسيم:

٤٣٨ - إذا تخيلنا الفروض التي يمكن أن يتم فيها - عملا - التصرف في المال الشائع، لأمكن ردّها إلى فرضين أساسيين: فقد يتم هذا التصرف من قبل الشركاء، وقد يتم من قبل أحدهم. وفي الفرض الأول: قد يكون التصرف بإجماع الشركاء وقد يكون برأي بعضهم. وفي الفرض الثاني: قد يتصرف الشريك في حصته الشائعة، وقد يتصرف في جزء مفرز من المال الشائع، وقد يتصرف في المال الشائع كله. وينبىء استعراض هذه الصور جميعا، أن حكم البعض منها واضح وضوح البديهيات. فليس من شك، مثلا، في أن للشركاء مجتمعين التصرف في المال الشائع، ويكون تصرفهم صحيحا ونافذا وملزما لهم جميعا. كما أنه ليس من شك أيضا في أن للشريك أن يتصرف في حصته الشائعة. أما تصرفه في جزء مفرز من المال الشائع، أو من باب أوْلى في هذا المال كله، فإنه يشكل اعتداء على حقوق الشركاء الآخرين.

على أية حال، فسوف نوزع الدراسة في هذا الفرع على محورين: نخصص الأول لتصرف الشركاء، ونكرس الثاني لانفراد أحد الشركاء بالتصرف.

المحـور الأول

في تصـــرف الشركاء

تصرف الشركاء مجتمعين:

٤٣٩ ـ بدهي أن للشركاء، مجتمعين، أن يتصرفوا في المال الشائع أو في جزء مفرز منه، تصرفا ناقلا للملكيته (كالبيع) أو منشئاً لحق عيني آخر، أصلي أو تبعي، عليه (كحق انتفاع أو رهن). ويكون تصرفهم هذا صحيحا نافذا في حق الجميع لأنهم المالكون للمال الشائع ولهم عليه سلطة التصرف التي لكل مالك على ما يملكه.

٤٤٠ ـ ويظل تصرفهم المنشيء للحق العيني، كالرهن أو الانتفاع، سواء ورد على المال الشائع كله أو على جزء مفرز منه، نافذا بأكمله في مواجهتهم جميعا أيا كانت النتيجة التي ستسفر عنها قسمة هذا المال فيها بعد. وبعبارة أكثر تحديدا، يظل هذا التصرف نافذا في كليته حتى في حق الشريك الذي آل إليه ـ بمقتضى القسمة ـ الجزء الذي كان قد تقرر عليه هذا الحق العيني، أو الذي آلت إليه ملكية المال الشائع برمته[1]، فلا يجوز لهذا الشريك التمسك ـ في مواجهة من تقرر له هذا الحق ـ بعدم نفاذ هذا التصرف فيما يزيد على ما كان له من حصة في المال الشائع[2][3].

---

(١) كأن يكون تملكه مقابل ما دفعه إلى بقية الشركاء نظير حصصهم في المال الشائع.

(٢) ويأخذ بنفس الحل جانب كبير من الفقه المصري، تأسيسا على أن القول بغير ذلك من شأنه أن يؤدي إلى تعطيل التصرف في المال الشائع بغير نقل الملكية (انظر: محمود جمال الدين زكي بند/٧٨)، ولا يراه ـ بعضهم ـ يتعارض مع القول بالأثر الرجعي للقسمة، لأن قاعدة الأثر الرجعي للقسمة لا يخضع لها أبدا التصرف الذي يجمع عليه الشركاء (انظر الصده ص/ ١٧٥ بند/ ١٢٠) وانظر في نفس هذه المعاني أيضا: السنهوري ص/٨٣٦، ٨٣٧ بند/٥٠٤، اسماعيل غانم بند/٦٥، محمد لبيب شنب بند/٢٦٩.

وعكس ذلك: وأن الحق العيني الذي رتبه الشركاء، كالرهن أو الانتفاع، يصبح عندئذ واقعا على ملك الغير فيما زاد على حصة الشريك الذي آل إليه المال الشائع، نتيجة للأثر الكاشف للقسمة: البدراوي ص/١٩١ وما بعدها بند/١٣٣، سليمان مرقس، شفيق شحاته، عبد الفتاح عبد الباقي مشار اليهم في الصده ص/١٧٥ هامش/١.

(٣) بل يرى البعض ـ بحق ـ أن هذا الشريك «يلتزم بضمان تعرضه الشخصي في كل الحق العيني الذي رتبه، مع شركائه، على العين الشائعة أو على الجزء المفرز، وليس فقط بقدر حصته، لأن ضمان التعرض غير قابل للتجزئة» أنظر محمود جمال الدين زكي بند/٧٨، وفي نفس المعنى أحمد نجيب الهلالي مشار إليه فيه هامش/٦.

وإذا بقي ثمة شك في ذلك، فإن الاستدراك الوارد في المادة/٨٣٨ كفيل بتبديده. فهي إذْ تعتبر المتقاسم «مالكا وحده للنصيب المفرز الذي اختص به في القسمة، وتكون ملكيته له خالصة من كل حق رتبه غيره من الشركاء» تستدرك قائلة: «مالم يكن الحق قد تقرر بإجماع الشركاء أو باغلبيتهم وفقا للقانون».

وعلى هذا يكون ما ورد في المادة/ ٩٧٩ في شأن الرهن الرسمي، من أن: «يبقى نافذا الرهن الصادر من جميع الملاك لعقار شائع، أيا كانت النتيجة التي تترتب على قسمة العقار...» مجرد تطبيق لقاعدة عامة، مفادها، كما ذكرنا، أن تصرف جميع الشركاء، سواء ورد على المال الشائع كله أو على جزء مفرز منه، يظل نافذا في مواجهتهم أيا كانت نتيجة القسمة.

سلطة أغلبية الشركاء في التصرف:

٤٤١ ـ إذا كان الأصل وفقا للقواعد العامة التي تتفرع على حرية المالك فيما يملك أن التصرف في المال الشائع يجب أن يتم بموافقة جميع الشركاء وليس للأغلبية أيّا كانت حصصهم أن يفرضوا إرادتهم في التصرف على الأقلية[1]، إلا أن التصرف في المال الشائع قد تفرضه دواع قوية تجعل من اشتراط موافقة الجميع عليه، حتى يتم، ضارا بمصالح الشركاء من حيث يتعذر ـ عملا ـ الحصول على هذه الموافقة الإجماعية في كثير من الأحيان.

لذلك آثر المشرع أن يعطى الأغلبية سلطة التصرف مع ضمان حماية مصالح الأقلية. فنص في المادة/ ٨٢٧ على أن: «للشركاء الذين يملكون على الأقل ثلاثة أرباع المال الشائع أن يقرروا التصرف فيه إذا استندوا في ذلك إلى أسباب قوية وكانت القسمة ضارة بمصالح الشركاء، وعليهم أن يخطروا باقي الشركاء بقرارهم كتابة، ولمن خالف من هؤلاء أن يتقدم إلى المحكمة باعتراضه خلال ستين يوما من وقت الإخطار. وللمحكمة تبعا للظروف التصريح بالتصرف أو رفضه»[2].

ويتضح من هذا النص أن الأغلبية التي لها أن تقرر التصرف ليست أغلبية عادية بل أغلبية خاصة، فيجب أن تتوافر لهم ثلاثة أرباع الحصص، وهو حكم منطقي، إذ اشترط المشرع ذات الأغلبية في شأن أعمال الإدارة غير المعتادة، فأولى بها في شأن أعمال

---

(١) وهذا ما تأخذ به فعلا بعض القوانين العربية، كالقانون الأردني والقانون التونسي.

(٢) ويقابلها في القانون المصري، مادة/٨٣٢.

التصرف وهي أخطر شأنا.

٤٤٢ ـ ومع ارتفاع نسبة هذه الأغلبية، فإن سلطتها في اتخاذ القرار بالتصرف ليست ـ مع ذلك ـ سلطة مطلقة من كل قيد، وإنما هي مشروطة بشرطين:

فيجب ـ من جهة أولى ـ أن توجد أسباب قوية تبرر التصرف، كما لو كان استغلال المال الشائع بحالته متعذرا أو كان لا يغل إلا غلة ضئيلة إذا قورنت بريع ما يمكن الحصول عليه من ثمنه.

ويجب من جهة ثانية أن تكون قسمة هذا المال ضارة بمصالح الشركاء، أما إن كانت ممكنة دون ضرر فلا يجوز التصرف بقرار من الأغلبية، إذْ لا تعود ثمة حاجة عندئذ إلى فرض قرار الأغلبية على الأقلية، وعلى من يرغب في التخلص من الوضع القائم أن يطلب القسمة.

٤٤٣ ـ وعلى الأغلبية ـ قبل إتمام التصرف ـ أن يخطروا باقي الشركاء بقرارهم كتابة. ولكل شريك من الأقلية ـ خلال ستين يوما من وصول الإخطار إليه ـ أن يعترض على قرار الأغلبية بالرجوع إلى القضاء.

فإذا لم يعترض أحد خلال فترة الاعتراض كان للأغلبية أن تبرم التصرف الذي يكون عندئذ صحيحا نافذا في حق الجميع. أما إذا اعترض أحدهم، فعلى المحكمة أن تتثبت أولا من توافر الشرطين السابق بيانهما. فإذا اقتنعت بقوة الأسباب التي تستند إليها الأغلبية في تقرير التصرف، وتأكد لها أن القسمة ضارة بمصالح الشركاء، وازنت بعد ذلك بين دواعي التصرف وأسباب اعتراض المعترض. وعلى ضوء هذه الموازنة: إمّا أن تحكم بعدم جواز التصرف، فلا يكون هذا ممكنا بعد ذلك إلا بإجماع الشركاء[1]، وإمّا أن تحكم بالتصريح للأغلبية بالتصرف. فإذا صرحت للأغلبية بالتصرف فتصرفهم يكون صحيحا نافذا في حق الأقلية، ولا يملك أيّ من هؤلاء، في هذه الحالة، أن يطلب القسمة، فالفرض أن المحكمة قد تثبتت أولا من أن القسمة ضارة بمصالح الشركاء وإلّا لكانت قضت بها ابتداءً، إذْ سلطتها في التصريح بالتصرف مشروطة أصلا بذلك.

٤٤٤ ـ ونـظرة على هذا التنظيم في مجمله يبين منها أن الأغلبية لا تستطيع أن

(١) في هذا المعنى: السنهوري ص/٨٤١، بند/٥٠٩.

تفرض إرادتها في التصرف دون مراعاة لرأى الأقلية. لأنه أحد أمرين: إمّا أن الأقلية لم تعترض على قرار الأغلبية فيحمل ذلك على موافقتهم، أو أنها تعترض فيكون أمر التصرف أو عدم التصرف من سلطة المحكمة التي توازن بين دواعي التصرف التي تستند إليها الأغلبية، ودواعي الاعتراض، وقد تقتنع بداوعي الاعتراض.

٤٤٥ - بقي أن نشير إلى أنه حرصا من المشرع على تعدّد الرأي في القرارات المهمة، وهي التي تتعلق بأعمال الإدارة غير المعتادة وبأعمال التصرف، قرر أن الأغلبية لا تتوافر في شريك واحد مهما بلغت حصته في المال الشائع (م/٨٢٨)[1]. فلا يملك - من ثم - شريك واحد أن يقرر التصرف في المال الشائع ولو كانت حصته فيه تزيد على ثلاثة أرباعه.

---

(١) وتجري هذه المادة على النحو التالي: «في الحالات التي ينص فيها القانون على حق أغلبية الشركاء في الإدارة غير المعتادة أو التصرف، لا تتوافر الأغلبية في شريك واحد مهما بلغت حصته في المال» ولا نظير لهذا النص في القانون المصري.

المحـــور الثــاني

في انفراد أحد الشركاء بالتصرف

تصرف الشريك في حصته الشائعة:

٤٤٦ ـ نظراً لكون الشريك يملك حصته الشائعة ملكا تاما، يكون له ـ بداهة ـ أن يتصرف فيها[1]: كلها أو بعضها، تبرعا أو معاوضة، لشريك آخر أو لأجنبي عن الشيوع. ويكون تصرفه نافذا في مواجهة باقي الشركاء دون توقف على أي إجراء، وبالأخص دون حاجة إلى إخطارهم بهذا التصرف، لأنه لا ينطوي على مساس بحقوقهم.

على أنـه يجوز لباقي الشركاء، إن كان التصرف في الحصة الشائعة بالبيع، وكان المتصرف إليه أجنبيا، أن يأخذوا هذه الحصة بالشفعة.

ويمكن ـ من الناحية العملية ـ تصور أن يؤدي التصرف في الحصة الشائعة إلى إنهاء حالة الشيوع كلية، كما لو باع أحد شريكين حصته الشائعة إلى الآخر.

٤٤٧ ـ وكما يجوز للشريك نقل ملكية حصته الشائعة يجوز له أن يرتب عليها حقا عينيا: تبعيا كالرهن، أو أصليا كحق الانتفاع، إلا إذا كان يستعصى بطبيعته على الشيوع، كحق الارتفاق الذي يقتضى أعمالا لا يمكن مباشرتها إلا على عقار مفرز.

٤٤٨ ـ وفي حالـة ترتيب حق رهن على الحصـة الشائعة، إذا تمت قسمة المال الشائع قبل قيام الدائن المرتهن بالتنفيذ، انتقل حق الدائن المرتهن إلى النصيب المفرز الـذي آل ـ بمقتضى القسمـة ـ للشريك الراهن، أو إلى الجزء منه المعادل للحصة الشائعة التي كانت مرهونة في الأصل إن كان هذا النصيب أكبر من هذه الحصة. وتعيّن المحكمـة هذا الجزء عند عدم اتفاق ذوى الشأن (م/٨٣٩). فإن كان المال الشائع مجموعة من الأعيان ورتب الشريك الرهن على حصته الشائعة في واحدة منها ثم وقعت في نصيبـه ـ بمقتضى القسمة ـ عين أخرى، انتقل الرهن إلى القدر من هذه العين

---

(١) ومع بداهة هذا الحكم حرص المشرع على تأكيده، بالفقرة الثانية من المادة/٨١٩.

المعادل للحصة الشائعة التي كانت مرهونة في الأصل، تأسيسا على فكرة الحلول العيني.

٤٤٩ ـ وفي حالة ترتيب حق انتفاع على الحصة الشائعة، تظل للشريك السلطات المتعلقة بملكية الرقبة. فيكون له هو، لا للمنتفع، طلب قسمة المال الشائع قسمة نهائية، ويكون الاعتداد برأيه هو، لا برأى المنتفع، فيما يتعلق بأعمال الإدارة غير المعتادة للمال الشائع وأعمال التصرف فيه. فيما يجب اعتبار المنتفع هو صاحب المصلحة في كل ما يتعلق بإدارة المال الشائع إدارة معتادة وقسمته قسمة مهايأه، فيكون الاعتداد في هذه الأمور برأيه هو، لا برأى الشريك.

٤٥٠ ـ والفرض في كل ما قدمناه أن الشريك يتصرف في حدود حصته الشائعة لا يتجاوزها. أما إن تصرف في مقدار شائع يزيد على حصته، فإن تصرفه لا ينفذ في حق الشركاء الآخرين فيما يتعلق بالقدر الزائد، ويحق لهؤلاء الأخيرين، إذا كان التصرف ناقلا للملكية كالبيع مثلا، «أن يرفعوا دعوى بتثبيت ملكيتهم وعدم نفاذ البيع فيما زاد على حصة الشريك البائع دون انتظار نتيجة القسمة»[1].

تصرف الشريك في جزء مفرز من المال الشائع :

أ ـ حكمه بالنسبة إلى الشركاء الآخرين :

٤٥١ ـ إذا كان للشريك أن يتصرف في حصته الشائعة ويكون تصرفه صحيحا نافذا في مواجهة باقي الشركاء لكونه يملك هذه الحصة ملكا تاما على ما قدمناه، فإنه لا يجوز له ـ بالمقابلة ـ أن يتصرف في جزء مفرز من المال الشائع ولو كان معادلا لحصته فيه، لأنه ـ حتى في هذه الجزء ـ يشاركه بقية الشركاء في ملكية كل ذرة من ذراته بنسبة ما يملكه كل منهم في المال الشائع، فيكون ـ من ثم ـ في تصرفه فيه اعتداء على حقوقهم، وفيه معنى قسمة المال الشائع، قسمة جزئية بإرادته وحده وتخصيص الجزء الذي يريده منه لنفسه، وهو أمر لا يملكه، لأن القسمة لا تكون إلا بإجماع الشركاء أو بقرار من المحكمة. وفي هذا المعنى جاء في حكم لمحكمة التمييز أن «الشريك في المال الشائع وإن كان له أن يتصرف في حصته الشائعة المعلومة منه كالنصف أو الثلث قبل القسمة، فليس له قبلها أن يتصرف في قدر مفرز من ذلك المال إلا بإجازة باقي شركائه فيه لتعلق حقهم بالمبيع في هذه الحالة»[2].

---

(١) نقض ١٩٧٥/١١/١١ (خلف ٧٢-٣١).

(٢) تمييز ١٩٨٢/١٢/١ الطعنان رقم ٢٣، ٨٢/٢٤ تجاري (المجلة ١١ ع٢ - رقم/٢١ ص/٨٠ ورقم ٢٤ ص/٨٨).

وهكذا فحكم تصرف الشريك في جزء مفرز من المال الشائع أنه غير نافذ في مواجهة باقي الشركاء، فيكون لهم ـ من ثم ـ أن يتجاهلوه ويعتبرونه كأن لم يكن. يستوى في هذا الشأن أن يكون تصرفا ناقلا للملكية كالبيع أم منشأ لحق عيني أصلي كالانتفاع أو تبعي كالرهن.

٤٥٢ ـ بل إن لباقي الشركاء ـ بدلا من الاكتفاء بهذا الموقف السلبي ـ أن يقيموا، ودون انتظار لنتيجة القسمة، دعوى الاستحقاق على الشريك (المتصرف) والمتصرف إليه، إذا كان التصرف من التصرفات الناقلة للملكية، لا للحكم لهم بجزء مادي من العين المبيعة وإنما لتأكيد حقوقهم شائعة في هذه العين ولا تكون دعواهم عندئذ سابقة لأوانها[1].

٤٥٣ ـ والقول ـ كما ذهبت محكمة النقض المصرية في اتجاه حديث لها ـ بأن هذا التصرف ينفـذ في مواجهة باقي الشركاء لكن لا باعتباره تصرفا في حصة مفرزة وإنما باعتباره «في حكم التصرف في قدر شائع»[2] يصعب قبوله لأنه «يحمّل إرادة المتعاقدين ما لم تتجه إليه، إذْ أن هذه الإرادة قد اتجهت إلى التصرف في جزء مفرز لا في حصة شائعة»[3].

وليست تخفي طبعـا، النتائج المهمة التي كانت لتترتب على هذا القول لو صح. فمقتضاه ـ إذا كان التصرف ناقلا للملكية ـ أن يصبح المتصرف إليه شريكا في الشيوع بدلا من الشريك الأصلي (المتصرف) بما يتفرع عليه من أن يكون له أن يشارك في إدارة المـال الشائع وأن يطلب القسمة بل وأن يأخذ بالشفعة إذا باع أحد الشركاء حصته الشائعة لأجنبي. كما يتصور معه، إن كان هذا التصرف بيعا، أن يكون لباقي الشركاء أن يشفعوا فيه. وكل هذه النتائج لا يكون لها محل مع القول بعدم نفاذ تصرف الشريك في الحصة المفرزة في مواجهة باقي الشركاء.

---

(١) على عكس ما كانت تقضي به محكمة النقض المصرية في ظل التقنين المدني القديم وكانت فيه هدفا للنقد من جانب الفقه. أنظر مثلا حكمها في ٢٥/٤/١٩٤٠ (وقد جاء فيه أنه: ليس للشريك في الشيوع ولا لمن تلقى الحق عنه، أن يدعي الاستحقاق في الجزء الذي باعه الشريك الآخر إلا بعد أن تحصل القسمة ويقع المبيع في نصيبه هو، أما قبل ذلك فتكون الدعوى سابقه لأوانها (خلف ٥٣ ـ ٢٥)، وانظر أيضا نقض ٢٨/٦/١٩٥٦ (خلف ٦٠ ـ ٢٨) وفيه تضيف أن هذا هو ما أخذ به القانون المدني الحالي في المادة/٨٢٦ وهذا غير صحيح في واقع الأمر).

(٢) نقض ٢٣/١٢/١٩٨٦ (خلف ٨٥ ـ ٣٥)، وانظر سابقا بند/١٦٦ وهوامشه.

(٣) الصده ص/١٨١ بالهامش.

ب ـ حكمه في العلاقة بين المتعاقدين (الشريك المتصرف والمتصرف إليه):

٤٥٤ ـ أما حكم هذا التصرف في العلاقة بين الشريك المتصرف والمتصرف إليه فقد نظمه المشرع على أساس من اعتبار الشريك قد تصرف في حقّ لا يملكه، وهو أمر لا يحول دون انعقاد التصرف وترتيب آثاره الشخصية (أي الالتزامات) بين طرفيه، أما الآثار العينية، أي نقل الملكية أو إنشاء الحق العيني غير الملكية، فلا تترتب ما بقي الشيوع قائما، فإذا تمت القسمة ووقع الجزء المتصرف فيه في نصيب المتصرف زال المانع الذي منع ترتيب الأثر العيني، فنصت المادة/٨٢٩ على أنه: «إذا تصرف الشريك في جزء مفرز من المال الشائع، فلا يكون للتصرف أثر، فيما يتعلق بنقل الملكية أو إنشاء الحقوق العينية الأخرى، إلا إذا وقع هذا الجزء عند القسمة في نصيب الشريك المتصرف». وهكذا:

٤٥٥ ـ **فقبل القسمة**: يقتصر التصرف على إنشاء الالتزامات الشخصية فيما بين طرفيه. فإن كان هذا التصرف بيعا مثلا، كان الشريك ملتزما، بحسبانه بائعا بتسليم المبيع، وبضمان التعرض وضمان الاستحقاق، وكان المتصرف إليه (المشتري) ملتزما بسداد الثمن.

وطبقا للقواعد العامة، إذا كان المتصرّف إليه غير عالم وقت التصرف بأن المتصرّف لا يملك الشيء المتصرف فيه ملكية مفرزة وإنما يملك حصة شائعة فيه، فإنه يكون له أن يطلب إبطال العقد للغلط[1]. على أنه إذا انتظر حتى وقعت القسمة فقد لا يعد بإمكانه رفع دعوى الإبطال وذلك إذا اختص متعاقده (الشريك في الشيوع) بالجزء المفرز الذي تصرف له فيه «لأن الغرض الذي استهدفه، وهو خلوص ملكية الجزء المتصرف فيه له، قد تحقق، فيكون تمسكه بالإبطال بعد ذلك متعارضا مع ما يقضي به حسن النية»[2][3].

أما الآثار العينية، أي نقل الملكية أو إنشاء الحق العيني غير الملكية، فلا تترتب ما بقي الشيوع قائما. بعبارة أخرى تكون موقوفة إلى أن تتم القسمة.

---

(١) أما إن كان يعلم بذلك فلا يكون له الحق في طلب الإبطال «ويمكن اعتباره قابلا للتصرف موقوفا أثره العيني على نتيجة القسمة». المذكرة الإيضاحية تعليقا على المادة/٨٢٩.

(٢) محمد لبيب شنب ص/٢٨٦ بند/٢٧٥.

(٣) والمادة/١٤٩ تقضي بأنه، «لا يجوز لمن صدر رضاؤه عن غلط، أن يتمسك بغلطه على نحو يتعارض مع مقتضيات حسن النية. ويكون للطرف الآخر، على الأخص، أن يتمسك في مواجهته بأن يتم العقد على نحو يتمشى مع حقيقة ما اعتقده، بدون ضرر كبير يناله». فما بالنا ولا ضرر على الإطلاق سيناله.

٤٥٦ - فإذا تمت القسمة: ووقع الجزء المتصرف فيه في نصيب المتصرف، زال المانع الذي منع ترتيب الأثر العيني. أما إن لم تسفر القسمة عن هذه النتيجة، كان للمتصرف إليه - طبقا للقواعد العامة - الحق في فسخ التصرف لعدم إمكان تنفيذه، مع التعويض إن كان له وجه.

ولم يشأ المشرع أن يأخذ في هذه الحالة الأخيرة بالحكم الوارد في القانون المصري (م/٨٢٦-٢) وهو انتقال حق المتصرف إليه، من وقت التصرف، إلى ما يقع في نصيب المتصرف من أموال أخرى غير المال المتصرف فيه[١]، إعمالا لفكرة الحلول العيني، لأن هذا الحكم غير منطقي من الناحية النظرية وغير مقبول من الناحية العملية. فمن الناحية النظرية لم ينشيء التصرف في الجزء المفرز للمتصرف إليه أي حق عيني أصلا حتى يقال بانتقاله[٢]. ومن الناحية العملية ليس من المعقول أن يتعامل المتصرف إليه مع الشريك على شيء معين بذاته ويفرض عليه بعد ذلك شيء آخر حتى ولو كان معادلا له في القيمة، «إذ قد لا يحقق الشيء الآخر الغرض الذي قصد إليه المتصرف إليه حتى ولو كان كل من الشيئين جزءا من كلّ»[٣]، كأن يكون المتصرف إليه اشترى قطعة أرض ليبني عليها وهي جزء من أرض شائعة واسعة ولكنها قريبة من العمران، ثم يقع في نصيب الشريك (البائع) أرض بعيدة عن العمران وقد لا تصلح للبناء عليها[٤].

تصرف الشريك في المال الشائع كله:

٤٥٧ - فإذا كان الشريك قد تصرف في المال الشائع كله، فإن تصرفه يكون واردا على ملك الغير فيما زاد على نصيبه[٥].

وحكم هذا التصرف، في مواجهة باقي الشركاء، أنه لا يكون نافذا فيما زاد على حصة الشريك. ويكون - من ثم - لهؤلاء، دون انتظار لنتيجة القسمة، رفع دعوى الاستحقاق في مواجهة المتصرف إليه. أما بالنسبة لحصة الشريك فإذا كان التصرف

---

(١) أنظر من تطبيقات القضاء المصري لهذا الحكم، نقض ١٣/١٢/١٩٨١ (خلف ٧٦-٣٢) نقض ٤/١١/١٩٨٢ (خلف ٧٨-٣٣).

(٢) بل اقتصر على إنشاء التزامات شخصية.

(٣) (٤) أنظر المذكرة الايضاحية تعليقا على المادة/٨٢٩.

(٥) في هذا المعنى: السنهوري بند/٥٣٥، محمد علي عرفه بند/٣٠٣، الصده بند/١٢٣، محمود جمال الدين زكي بند/٨٧، البدراوي بند/١٣٢، محمد لبيب شنب بند/٢٧٢، وقارن: منصور مصطفى منصور بند/٦٩، (حيث يرى أن التصرف كله يعتبر تصرفا في ملك الغير).

ناقلا للملكية، حلّ المتصرف إليه محل الشريك المتصرف، في هذه الحصة، وأصبح شريكا على الشيوع مع باقي الشركاء.

أما في العلاقة بين المتعاقدين فتسري على هذا التصرف ذات الأحكام التي تسري على تصرف الشريك في جزء مفرز من المال الشائع على النحو السابق بيانه[1].

---

(١) أنظر سابقا البنود ٤٤٤-٤٤٦.

المطلب الثاني

قسمة المال الشائع
Le partage

قسمة الملك وقسمة الانتفاع:

٤٥٨ ـ قسمة المال الشائع ـ من حيث الغرض منها وأثرها على حالة الشيوع ـ نوعان:

إما قسمة ملكية، بمقتضاها يختص كل شريك بجزء مفرز من المال الشائع يتناسب مع حصته الشائعة في هذا المال، فتنتهي بها حالة الشيوع. وهذا النوع من القسمة يكون هو المقصود من لفظة قسمة إذا ما أطلقت من غير تحديد.

وإما قسمة انتفاع، يقال لها قسمة المهايأة، وهي عملية مؤقتة، تجري في أثناء الشيوع، تكفل تنظيم الانتفاع بالمال الشائع تخلصا من الصعوبات التي تعترض إدارته، يتيسر بمقتضاها لكل شريك أن ينتفع بالمال الشائع منفردا مدة من الزمن أو جزء مفرز منه كل الزمن. فلا تنتهي بها ـ من ثم ـ حالة الشيوع[1]. وهي ـ لغرضها هذا ـ عادة ما يعالجها الشراح في الموضع المخصص لإدارة المال الشائع (إدارة معتادة)[2]. وكان الأدق ـ منهجيا ـ لو اتبع المشرع هذه الخطة أيضا، لكنه ـ جريا على ذات الخطة التي اتبعها المشرع المصري ـ أرجأ عرضها لما بعد عرض الأحكام المنظمة لإدارة المال الشائع والتصرف فيه بل وبعد أحكام قسمة الملك المنهية للشيوع، وهو ما دعانا ـ بدورنا ـ إلى إرجاء عرضها إلى هذا المطلب التزاما بخطة المشرع، وإن فضلنا أن نبدأ بها دراسة قسمة المال الشائع قبل أن نعرض لقسمة الملك النهائية المنهية لحالة الشيوع.

---

(١) لذلك لم يكن من الدقة أن يعرض المشرع المصري لهذا النوع من القسمة، جنبا إلى جنب مع قسمة الملك تحت عنوان «انقضاء الشيوع بالقسمة». أما المشرع الكويتي فقد أفرد لقسمة المهايأة عنوانا مستقلا، بعد إذ عرض لقسمة الملك وحدها تحت عنوان انقضاء الشيوع بالقسمة.

(٢) أنظر مثلا: السنهوري بند/٤٩١ وما بعده، محمود جمال الدين زكي بند/٧٠. أما البدراوي فعالجها تحت عنوان «استعمال المال الشائع» بند/١١٠، كما عالجها محمد لبيب شنب تحت عنوان «الانتفاع بالمال الشائع» بند/٢٦٣.

تقسيـــم :

وهكذا نوزع الدراسة في هذا المطلب على فرعين، نجعل أولهما لقسمة الانتفاع غير المنهية للشيوع (أو قسمة المهايأة)، لنكرس الثاني لقسمة الملك المنهية للشيوع.

الفـــرع الأول

قسمة الانتفاع غير المنهية للشيوع
(قسمـــة المهايأة)

مهايأة مكانية ومهايأة زمانية (اتفاق جميع الشركاء) :

٤٥٩ ـ للشركـاء ـ جميعا ـ أن يتفقوا على قسمة الانتفاع بالمال الشائع بطريقة المهايأة. وهذه تكون إما مهايأة مكانية أو مهايأة زمانية :

أ ـ المهايأة المكانيـــة :

٤٦٠ ـ وفيها يتفق الشركاء على تقسيم المال الشائع أجزاء، لينتفع كل شريك منهم بجـزء يعادل حصته في المال الشائع، في مقابل انتفاع غيره بالأجزاء الأخرى. فيتسنى بهذا الشكـل لكـل شريك أن يحوز مالا مفـرزا ينفرد بإدارته، فيستعمله أو يستغله، بنفسه أو بواسطة غيره، لا يحاسبه أحد من الشركاء في إدارته لهذا الجزء ولا على ما حصّله من هذه الإدارة ولا يكون له بدوره أن يحاسب غيره من الشركاء في ما اختص به كل منهم من جزء. فيتخلص كل شريك ـ على هذا النحو ـ من مشاكل إدارة المال الشائع وما يحيط بهذه الإدارة من صعوبات.

وقسمةٌ هذا شأنها، لا يكون من بأس أن تستمر لأية مدة ما بقي الشيوع قائما. لكن نظرا لأن القانون لا يجيز الإجبار على البقاء في الشيوع[1]، بمقتضى الاتفاق، إلى أجل يجاوز خمس سنين (م/ ٨٣٠ـ١)، فقد نص المشرع أيضا على عدم صحة الاتفاق على

---

(١) أي لا يجيز الإجبار على عدم طلب القسمة.

المهايأة فيما زاد من مدته على خمس سنين[1]، حتى لا يجبر الشريك على البقاء في الشيوع ـ عن طريق المهايأة المكانية ـ مدة أطول من ذلك. مادام الفرض في المهايأة المكانية، كما قلنا، أنها إن أفرزت المال من حيث المنفعة إلا أنها تبقيه شائعا من حيث الملك.

لكن ليس ثمة ما يمنع، بعد انقضاء المدة المتفق عليها للمهايأة المكانية أن يصير تجديدها، بالاتفاق، لمدة أو لمدد أخرى، شرط ألا تزيد كل مدة على خمس سنوات. وهو ما يمكن أن يكفل لهذه المهايأة[2] أن تدوم ـ من الناحية العملية ـ لمدة طويلة إن شاء المشتاعون ذلك.

والغالب أن يتفق الشركاء على مدة المهايأة. لكن ذلك ليس شرطا لصحة الاتفاق على المهايأة، فهو يصح ولو لم يتفق فيه على مدة:

فإذا اتفق على مدة معينة للمهايأة (في حدود خمس سنوات) انتهت القسمة بانقضاء المدة المتفق عليها دون حاجة إلى أن ينبه أحد الشركاء على الآخرين قبل انقضاء هذه المدة برغبته في الإنهاء (م/٨٤٣ـ١).

أما إذا لم يتفق على مدة، فتكون المدة ـ بحكم القانون ـ هي سنة، وتمتد هذه المدة سنة فسنة إلى أن ينبه أحد الشركاء على الآخرين، قبل انقضاء السنة الجارية بستين يوما، برغبته في إنهاء القسمة (م/٨٤٣ـ٢). فإذا حصل التنبيه انتهت القسمة بنهاية السنة.

وقد يحدث أن تنتهي القسمة بانتهاء المدة المتفق عليها ومع ذلك يبقى الشركاء على ما هم عليه، كل منهم ينتفع بالجزء الذي اختص به، دون أن يعترض أحدهم على ذلك خلال مدة معقولة. عندئذ تكون القسمة قد تجددت تجدّدا ضمنيا. والتجديد الضمني عقد جديد ينعقد بشروط العقد الذي انتهى، فيما عدا أنه يكون غير محدد المدة فيسرى عليه حكم العقد الذي لم يتفق فيه على مدة، أي تكون مدته سنة، تمتد سنة فسنة إلى أن ينبه أحد الشركاء على الآخرين ـ قبل انقضاء السنة الجارية بستين يوما ـ برغبته في إنهاء القسمة على النحو السابق بيانه (م/٨٤٣ـ٣).

ولا تنقلب قسمة المهايأة المكانية إلى قسمة نهائية مهما مضى عليها من زمن. فالمشرع الكويتي لم يأخذ بما أخذ به المشرع المصري من أن المهايأة المكانية إذا دامت خمس عشرة

---

(١) فيما يعني أنه إذا اتفق على مدة أطول، انقصت المدة إلى خمس سنين.

(٢) ومن ثم للبقاء في الشيوع في الملك.

سنة انقلبت قسمة نهائية مالم يتفق الشركاء على غير ذلك (م/٨٤٦-٢ مدني مصري)، لأن ما قيل في تبرير هذا الحكم، محل نظر[1].

ولا تفترض قسمة المهايأة من مجرد حيازة الشريك لجزء مفرز من المال الشائع مهما مضى على هذه الحيازة من زمن[2]، فالمشرع الكويتي لم يأخذ أيضا بما أخذ به المشرع المصري من أنه «إذا حاز الشريك جزءا مفرزا من المال الشائع مدة خمس عشرة سنة افترض أن حيازته لهذا الجزء تستند إلى قسمة مهايأة» (م/٨٤٦-٣ مدني مصري)، لأن هذا الحكم غير مقبول، إذ القرائن تبنى على الغالب، وليس الغالب أن تكون حيازة الشريك لجزء مفرز مستندة إلى قسمة مهايأة[3].

ب - المهايأة الزمانيـــــة :

٤٦١ - وفيها يتفق الشركاء جميعا على أن يتناوبوا في الانتفاع بالمال الشائع كله، كل منهم لمدة تتناسب مع حصته. كأن يرث ولد وبنت، دارا، فيتفقان على أن يختص الأول بالانتفاع بها مدة سنتين ثم يتركها للثانية لتنتفع بها مدة سنة.. وهكذا.

ولأن مدة انتفاع كل شريك والنسبة بينها وبين مدة انتفاع الآخر هي الأمر الجوهري في هذا النوع من القسمة فإن صحة الاتفاق على هذه الأخيرة تكون مشروطة بالاتفاق على مدة، فإن لم يتفق على مدة وقع الاتفاق على هذه القسمة باطلا.

إنما يجوز للشركاء الاتفاق على عدد مرات التناوب كما يشاءون. شرط ألا يؤدي اتفاقهم إلى إجبارهم على البقاء في الشيوع مدة تزيد على خمس سنين.

---

(١) فقد قيل أن دوام المهايأة خمس عشرة سنة أكبر دليل على أن هذه المهايأة هي خير قسمة نهائية للمال الشائع يستطيع الشركاء أن يصلوا إليها، وقد وصلوا إليها فعلا بالتجربة واطمأنوا إلى نتائجها، فإن كانوا يريدون غير ذلك فما عليهم إلا أن يتفقوا مقدما على أن قسمة المهايأة لا تنقلب إلى قسمة نهائية (أنظر في ذلك: مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني المصري جـ/٦ ص/١٢٩).

وهذا التبرير محل نظر، «فقد توجد اعتبارات تجعل الشركاء يقبلون القسمة باعتبارها مهايأة في الانتفاع دون أن يرتضوها قسمة نهائية لاختلاف غاية كل من نوعي القسمة، كما لو كان المقسوم مهايأة أرضا زراعية تستوي أجزاؤها في الجودة من حيث الاستغلال الزراعي ولكن بعض الأجزاء التي يزرعها أحدهم قد أصبحت قريبة من منطقة المباني فارتفع سعرها» أنظر المذكرة الإيضاحية للقانون المدني الكويتي تعليقا على المادة/٨٤٣.

(٢) بمعنى أنه لا يكفي المتمسك بوجود هذه القسمة إثبات حيازته لهذا الجزء، وإنما عليه أن يثبت وجود هذه القسمة مباشرة.

(٣) أنظر المذكرة الإيضاحية للقانون المدني الكويتي تعليقا على المادة/٨٤٣.

المهايأة التي تتم في إطار إجراءات القسمة النهائية:

٤٦٢ ـ وقد يحدث أن تبدأ إجراءات القسمة النهائية للمال الشائع وتطول، أو يتوقع الشركاء لها أن تطول، فيرى هؤلاء من الأفضل أن يتفقوا فيما بينهم على قسمة المال قسمة مهايأة كإجراء مؤقت حتى تتم القسمة النهائية، فيجوز لهم ذلك (م/٨٤٥).

بل أجاز القانون للمحكمة التي تباشر أمامها إجراءات القسمة النهائية، أن تأمر بقسمة المال الشائع مهايأة بين الشركاء بناءً على طلب أحدهم إذا تعذر إتفاقهم على المهايأة (م/٨٤٥).

ومن هذا يبين أن هذا النوع من قسمة المهايأة التي تتم أثناء إجراءات القسمة النهائية تتميز عن قسمة المهايأة العادية بأمرين:

الأول: أنها لا تكون بالضرورة اتفاقية، فقد تكون قضائية تتم بأمر المحكمة بناءً على طلب أحد الشركاء.

والثاني: أنها لا تخضع للقواعد الخاصة بالمدة، وإنما تستمر حتى تتم القسمة النهائية.

خضوع قسمة المهايأة لأحكام الإيجار:

٤٦٣ ـ ونظرا لأن كلا من المتقاسمين يلتزم بمقتضى الاتفاق بتمكين غيره من الانتفاع إما بالجزء الذي يخصه إن كانت القسمة مكانية وإما بكل المال الشائع إن كانت زمانية، وذلك في مقابل أن يمكّنه غيره من الانتفاع بالجزء الخاص به، فهي تشبه الإيجار[1]، بحيث يصبح كل متقاسم في مركز يشبه مركز المؤجر والمستأجر في الوقت نفسه. لذلك أخضعها المشرع ـ فيما عدا الأحكام السابقة ـ لأحكام الايجار إلا ما كان منها يتعارض مع طبيعة القسمة، فنصت المادة/٨٤٦ على أنه: «تخضع قسمة المهايأة من حيث أهلية المتقاسمين وحقوقهم والتزاماتهم، ومن حيث الاحتجاج بها على الغير، لأحكام عقد الايجار، مالم تتعارض هذه الأحكام مع طبيعة القسمة».

---

(١) فالمهايأة ـ بنوعيها ـ «هي مقايضة انتفاع بانتفاع. ومقايضة الانتفاع بالانتفاع تكون إيجارا، إذ ليس من الضروري أن تكون الأجرة في الإيجار نقدا»، السنهوري بند/٤٩٣.

الفـــرع الثـــاني

قسمة الملك المنهيـــة للشيـــوع

(القسمـــة النهائيـــة)

تمهيـــــــد

حق كل شريك في طلب القسمة لإنهاء الشيوع (المبدأ، ورقابة القضاء):

٤٦٤ - رغم أن المشرع نظم الملكية الشائعة على وجه ييسر إدارة المال الشائع ويحفظ مصـالح الشركاء، إلا أن الحقيقة التي لا يمكن تجاهلها، أن الشيوع مصدر متـاعب، ويؤدي - عمـلا - إلى شيء من التعقيد في طريقـة الانتفـاع بالمال الشائع والتصرف فيه. وقد يكون المشتاعون أعضاء أسرة واحدة بل الغالب هو ذلك، فيؤدي اختلافهم في إدارة المال الشائع والتصرف فيه إلى الشقاق بينهم ومن ثم تكدير صفو الأسرة. وفي المقابل، فإنه مما لا شك فيه، أن في استقلال الفرد في استغلال ما يملك حافزا قويا على العمل وحسن التصرف، الأمر الذي ينعكس أثره على المصلحة العامة للمجتمع.

لهذا، كان الأصل أن يكون لكل شريك الحق في طلب قسمة المال الشائع، رضاء أو قضاء، لإنهاء حالة الشيوع (م/ ٨٣٠-١)[1].

ويثبت هذا الحق لكل شريك أيا كان مقدار حصته في المال الشائع. وسواء أكان شريكا أصليا أي كان موجودا منذ بدء الشيوع أم كان شريكا لاحقا دخل الشيوع بعد فترة من بدئـه، كالخلف العـام أو الخـاص[2] لأيّ من الشركـاء الأصليين[3]. ويظل للشريك أن يطلب القسمة في أي وقت مادامت حالة الشيوع قائمة، فهذا الحق لا يسقط بمرور الزمان.

---

(١) أو في عبارة مساوية، كان الأصل هو عدم جواز الإجبار على البقاء في الشيوع. أو - كما تعبر المادة/ ٨١٥ مدني فرنسي: "nul ne peut être, contraint à demeurer dans l'indivision"

(٢) كمشتري الحصة الشائعة من أحد الشركاء المشتاعين.

(٣) وخلافا لرأي البعض (انظر مثلا: محمد لبيب شنب بند/ ٢٨٦، ابراهيم الدسوقي بند/ ١٨٥) نشك في أن يكون لدائن أحد الشركاء طلب القسمة باسم مدينه بطريق الدعوى غير المباشرة، لأن القسمة تبنى على اعتبارات يستقل الشريك بتقديرها.

ولا يحول بين الشريك وحق طلب القسمة لإنهاء الشيوع، أن تكون هناك قسمة مهيأة لم تنته مدتها بعد. فيجوز للشريك، رغم أنه كان طرفا في الاتفاق على المهايأة أن يطلب القسمة النهائية دون انتظار لانتهاء مدة المهايأة، فهذه الأخيرة ليست ـ كما رأينا ـ سوى قسمة انتفاع، والاتفاق عليها رهنٌ ببقاء حالة الشيوع، ومن ثم فإن هذا الاتفاق ينقضي بانقضاء هذه الحالة لأي سبب، بما في ذلك القسمة النهائية.

٤٦٥ ـ إنما خشية تعسف محتمل من جانب الشريك في استعمال حقه في طلب القسمة، أجاز المشرع للمحكمة ـ بناء على طلب أحد الشركاء ـ أن تأمر بالبقاء في الشيوع مدة تحددها، متى كانت القسمة العاجلة ضارة بمصالح الشركاء (م/ ٨٣٠ـ٢)[1].

الإجبار على البقاء في الشيوع استثناءً:

٤٦٦ ـ إنما قد توجد اعتبارات تدعو إلى الإجبار على البقاء في الشيوع، أو في عبارة مساوية تدعو إلى منع طلب القسمة. لذلك استدركت المادة/ ٨٣٠ـ١ على الأصل المقرر فيها من أن لكل شريك أن يطلب قسمة المال الشائع، فقالت: ما لم يكن (أي الشريك) مجبرا على البقاء في الشيوع بمقتضى القانون أو التصرف».

ويبين من هذا الاستدراك أن الإجبار على البقاء في الشيوع قد يجد مصدره في نص القانون أو في تصرف قانوني، عقداً كان هذا الأخير أو تصرفا بإرادة منفردة كالوصية:

٤٦٧ ـ فقد يقدّر المشرع نفسه وجوب الاستمرار في الشيوع، فيضع نصاً يمنع طلب القسمة، كما هو الحال مثلا في نص المادة/ ٨٢٥ الذي يمنع قسمة الأجزاء المشتركة (أي المملوكة على الشيوع) في ملكية الطوابق والشقق.

٤٦٨ ـ وقد يرى المشتاعون أنفسهم من الاعتبارات ما يدعوهم إلى الاتفاق على عدم جواز طلب القسمة خلال مدة معينة[2] تقديرا منهم أن تجزئة المال المشترك ليس في مصلحتهم، كأن يكون من شأنها مثلا أن تقلل من غلته. فيكون اتفاقهم على البقاء

---

(١) ويأخذ القانون الفرنسي بنفس الحل تقريبا في المادة/ ٨١٥ـ٢، وإن كان يقيد سلطة المحكمة فلا يجعل لها إرجاء القسمة إلا لمدة لا تتجاوز سنتين. راجع شاباس بند/١٣١٣.

(٢) راجع، في تنظيم هذا الاتفاق، وحدوده، في القانون الفرنسي: رينو ص/٩٢، بند/ ٦٠ـ١٤.

في الشيوع للمدة التي حددوها، صحيحا - من حيث الأصل - وملزما للجميع[1]. ويحسبان هذا الاتفاق عملا من أعمال الإدارة فتكفي في الشريك أهلية الإدارة لإبرامه، ولا تستلزم أهلية التصرف[2].

لكن، لما كان الحق في طلب القسمة هو الأصل، والإجبار على البقاء في الشيوع هو الاستثناء، وكان من المحتمل أن تتغير الظروف التي دفعت الشركاء إلى اشتراط عدم جواز طلب القسمة، فقد وضع المشرع حدا أقصى للمدة التي يصح فيها الاتفاق على البقاء في الشيوع، فنص على عدم جواز الإجبار على البقاء في الشيوع، بمقتضى التصرف القانوني، إلى أجل يجاوز خمس سنين (م/ ٨٣٠-١)[3].

وانقضاء المدة المتفق عليها لا يمنع الشركاء - بداهة - من أن يتفقوا من جديد على البقاء في الشيوع لمدة ثانية وثالثة وهكذا، بشرط ألا يجد الشريك نفسه في أي وقت مجبرا على البقاء في الشيوع لمدة أكثر من الحد الأقصى سالف الذكر. ولذلك فإنه إذا ما فرض وكان الاتفاق على مدة خمس سنوات جديدة قد حصل قبل انقضاء المدة السارية، فإن المدة الجديدة تحسب من وقت الاتفاق عليها وليس من وقت انقضاء المدة السارية، بمعنى أن المدة الجديدة تستبدل بالباقي من المدة القديمة.

فإذا اتفق على البقاء في الشيوع مدة تزيد على خمس سنوات كان الاتفاق باطلا في الزيادة، ويستطيع كل شريك أن يطلب القسمة فور انقضاء السنوات الخمس. أما إن التزم الشركاء هذا القيد الزمني، فصحّ الاتفاق، كان ملزما، ليس لهم وحدهم، وإنما أيضا لكل من يخلف الشريك في حصته الشائعة، سواء أكان خلفا عاما أو خاصا. بل ويستوى أن يكون الخلف الخاص يعلم وقت تعاقده مع سلفه بمثل هذا الاتفاق أو لا يعلم، وفي هذا خروج على القواعد العامة في حدود انصراف أثر العقد إلى الخلف الخاص اقتضته ضرورة حماية باقي الشركاء حتى لا يفاجأوا - وبعد الاتفاق وترتيب أمورهم على أساس أن الشيوع سيبقى طوال المدة المتفق عليها - بأن من اشترى من

---

(١) والغالب أن يقع الاتفاق على البقاء في الشيوع بين جميع الشركاء. ويرى البعض في هذه الموافقة الإجماعية شرطا لصحة هذا الاتفاق (انظر: شنب بند/ ٢٩٠، الدسوقي بند/١٨٨)، فيما أن الرأى الراجح هو جواز وقوع هذا الاتفاق بين بعض الشركاء، ويكون عندئذ ملزما لهم وحدهم دون الباقين الذين لم يكونوا طرفا فيه (من هذا الرأي: السنهوري بند/٥٣٧، اسماعيل غانم بند/٨٨، منصور مصطفى منصور بند/ ٧٥، محمود جمال الدين زكي بند/٨٨).

(٢) في هذا المعنى، السنهوري، محمود جمال الدين زكي، *المواضع السابقة*.

(٣) وتمشيا مع هذا القيد سبق أن رأينا أن المشرع لم يجز أيضا الاتفاق على قسمة منافع المال الشائع مهيأة بين الشركاء لمدة تزيد على خمس سنين. أنظر سابقا بند/ ٤٦٠.

شريكهم يطلب القسمة بحجة أنه اشترى دون أن يعلم بالاتفاق.

٤٦٩ - وقد يكون الإجبار على البقاء في الشيوع بمقتضى وصية. كأن يوصي شخص بمال إلى أكثر من واحد، شائعا بينهم، ويشترط في الوصية عدم جواز القسمة لاعتبارات يقدّرها، فيصح هذا الشرط[1] مادام في حدود قيد السنوات الخمس سالف الذكر.

سلطة المحكمة في الإجبار على البقاء في الشيوع، وفي الأمر بالقسمة:

٤٧٠ - وحرصا من المشرع على تحقيق شيء من المرونة في حق الشريك في طلب القسمة من ناحية، وفي إلزام الشريك بالبقاء في الشيوع من ناحية أخرى[2] أجاز للمحكمة - بناء على طلب أحد الشركاء - إذا كانت القسمة العاجلة ضارة بمصالح الشركاء - أن تأمر بالبقاء في الشيوع مدة تحددها، إذا لم يوجد اتفاق على عدم جواز طلب القسمة[3]، أو إلى أجل لاحق للأجل المتفق عليه (م/ ٨٣٠-٢).

٤٧١ - كما أجاز لها أن تأمر بالقسمة في الحال رغم وجود اتفاق على عدم جواز طلب القسمة خلال مدة لم تنته بعد، إذا وجد مبرر قوي للقسمة (م/ ٨٣٠-٢)[4]. وقد

---

(١) إذ أجازت المادة/ ٨٣٠ أن يكون الإجبار على البقاء في الشيوع بمقتضى التصرف القانوني ولم تقل بمقتضى اتفاق كما فعلت المادة/ ٨٣٤ مدني مصري. فالمسألة محسوسة إذن في القانون الكويتي، فيما هي محل خلاف في الفقه المصري. فالبعض يرى صحة مثل هذا الشرط، قياسا - على ما يبدو - على الشرط المانع من التصرف، مادام أنه يمنع القسمة لمدة لا تتجاوز خمس سنوات ويكون مبنيا على باعث مشروع (من هذا الرأي: السنهوري بند/ ٥٣٧، اسماعيل غانم/ ٨٨، منصور مصطفى منصور بند/ ٧٥، الصده بند/ ١٣٣)، فيما يرى البعض الأخر أن هذا الشرط يكون باطلا، تأسيسا على أن الشارع لم يجز الخروج على الأصل الذي يجعل للشريك الحق في طلب القسمة إلا باختيار الشركاء أنفسهم حيث يكونون على بينة مما إذا كانت مصلحتهم تقتضي البقاء في الشيوع مدة معينة (من هذا الرأي: محمد علي عرفه بند/ ٣١٩، محمد كامل مرسي ج/ ٢ بند/ ٩٧، البدراوي بند/ ١٤٨). وقد أخذ على الرأي الأخير، من قبل أنصار الرأي الأول، أنه يتجاهل الباعث المشروع الذي يدفع الموصي إلى إيراد مثل هذا الشرط. وأنه إذا كان هذا الباعث يجعل من شرط المنع من التصرف الذي يرد في الوصية شرطا صحيحا، فأولى به أن يجيز الشرط المانع من القسمة لمدة لا تتجاوز خمس سنوات. أما البعض الثالث فيرى أن هذا الشرط، إن صح، ويتعين القول بجوازه لمدة معقولة تطبيقا للمادة/ ٨٢٣ (في الشرط المانع من التصرف) وليس بالضرورة لمدة لا تزيد على خمس سنوات، أنظر محمود جمال الدين زكي بند/ ٨٨.

(٢) انظر المذكرة الايضاحية للقانون المدني الكويتي تعليقا على الفقرة/ ٢ من المادة/ ٨٣٠.

(٣) وقد سبق بيان ذلك، انظر سابقا بند/ ٤٦٥.

(٤) ويأخذ بنفس الحلول تقريبا القانون الفرنسي في المادة/ ١٨٧٣-٢ معدلة بقانون ٣١ ديسمبر ١٩٧٦، راجع رينو ص/ ٩٣ بند/ ٦٠-١٤، اتياس بند/ ١١٠ ص/ ١٢٥. وكان المشروع التمهيدي للتقنين المدني =

أريد بهذا الحكم مواجهة الظروف التي قد تطرأ أثناء قيام الشيوع وتغيّر من توقعات الشركاء، وذلك نظرا لما يترتب على حسن أو سوء استغلال الأموال من انعكاس على المصلحة الاقتصادية للجماعة.

كيفية القسمـــة:

٤٧٢ ـ والقسمة قد تكون رضائية (أو اتفاقية) تتم باتفاق الشركاء، وقد تكون قسمة قضائية تتم بحكم من القضاء إذا تعذر الاتفاق بين الشركاء.

تقسيـــــم:

بعد هذا التمهيد، نوزع الدراسة في القسمة النهائية على أربعة محاور، نجعل الأول للقسمـة الاتفاقية، والثاني للقسمة القضائية، والثالث لحماية دائني المتقاسمين، فيما نكرس الرابع لأثار القسمة.

= المصري يأخذ بهذه الحلول أيضا في الفقرة الثانية من المادة/١٢٠٢ منه ولكن هذا النص حذف في لجنة المراجعة توخيا لاستقرار التعامل. ومع ذلك ففي الفقه المصري من يقول بثبوت هذه السلطة للمحكمة من حيث كونها مجرد إعمال للقواعد العامة التي تمنع الشريك من التعسف في استعمال حقه في طلب القسـمة أو حقه في رفضها. أنظر الصده ص/ ٢٠٥ بند/١٣٣.

المحــور الأول

القسمة الاتفاقية (الرضائية)

نــص قانــوني:

نظمت القسمة الاتفاقية (أو الرضائية) المادة/ ٨٣١ حين قضت بأنه:

«١ ـ للشركاء جميعا أن يتفقوا على قسمة المال الشائع بالطريقة التي يرونها مالم يقض نص بغيره.

٢ ـ ولا يجوز إجراء القسمة بالاتفاق إذا كان أحد الشركاء غير كامل الأهلية مالم يكن له ولي، وكذلك إذا كان أحدهم غائبا أو مفقودا وثبتت غيبته أو فقده».

اتفاق جميع الشركاء:

٤٧٣ ـ ويظهر من النص السابق أن القسمة الاتفاقية لابد ـ حتى تنهي حالة الشيوع ـ أن تتم باتفاق جميع الشركاء. فلا يكفي لترتيب هذا الأثر اتفاق اغلبيتهم ولو كانت أغلبية كبيرة.

فإذا اتفق بعض الشركاء على القسمة دون البعض، تقيدّ بهذا الاتفاق ـ ولو أنه غير مُنه للشيوع ـ الشركاء الذين وافقوا عليه، فيظل الاتفاق قائما بالنسبة إليهم، فإذا أقر الشركاء الآخرون هذه القسمة بعد ذلك فإنها تتم بهذا الإقرار وينتهي بها الشيوع.

حرية المتقاسمين في اختيار طريقة القسمة:

٤٧٤ ـ وتتم القسمة الاتفاقية بالطريقة التي يرتضيها المتقاسمون: فقد يرتضونها قسمة عينية، بأن يفرز لكل منهم نصيبه في المال الشائع عينا، بمعدّل أو بدون معدّل، بطريق القرعة أو بطريق التجنيب. وقد يلجأون إلى خبير يتولى تكوين الأنصبة . . . إلى غير ذلك من الوسائل التي تمكّنهم من الوصول إلى اتفاق.

وقد يرتضونها قسمة تصفية أو تفرض عليهم الظروف ذلك حين يكون من المتعذر

قسمة المال عينا[1]، فيطرحونه للبيع، بالمزاد أو بالممارسة، ليقتسموا ثمنه فيما بينهم كلّ بنسبة حصته في المال الشائع. فإذا كان البيع بالمزاد ورسا هذا على أحد الشركاء اعتبر رسُو المزاد عليه قسمة، أما إن رسا على أجنبي كان رسوّه عليه بيعا[2].

٤٧٥ ـ ويغلب أن يتجه الشركاء إلى قسمة المال الشائع كله، سواء أكان عينا واحدة أو عدة أعيان. إنما قد يكتفون بقسمة بعضه، فيبقون بعض المال في الشيوع ويفرزون نصيب كل منهم في الباقي[3] أو يتفقون على تجنيب جزء مفرز من المال الشائع نصيبا لأحدهم ويستمر الباقون في الشيوع في ما بقي من المال بعد التجنيب.

القسمة الصريحة والقسمة الضمنية (الفعلية)

٤٧٦ ـ ويغلب أن تكون القسمة بالاتفاق عليها *صراحة* بين الشركاء. إنما يمكن أن تقع بالاتفاق ضمنا عليها حين تنعت بالقسمة الفعلية Partage de Fait ، بأن يتصرف «أحد الملاك المشتاعين في جزء مفرز من المال الشائع يعادل حصته، ثم ينهج نهجه سائر الشركاء ويتصرف كل منهم في جزء مفرز يعادل حصته في المال الشائع، فيُستخلص من تصرفاتهم هذه، ضمنا، أنهم ارتضوا قسمة المال الشائع فيما بينهم على الوجه الذي تصرفوا على مقتضاه، ويكون نصيب كل منهم هو الجزء الذي سبق أن تصرف فيه»[4]، ولا يجوز بالتالي لأيّ منهم أن يطلب تثبيت ملكيته لنصيبه شائعا في

---

(١) وفي دعوى ترجع وقائعها إلى ما قبل صدور التقنين المدني، قضت محكمة التمييز بجواز بيع المال الشائع غير المنقول إذا لم يمكن قسمته وتوزيع ثمنه، إعمالا لمذهب الامام مالك. انظر تمييز ١٩٨١/٦/٢٢ طعن رقم/١ مدني (مجلة القضاء والقانون ١٠ (ع/٢) - (٦٦ـ٢٥٤).

(٢) في هذا المعنى: السنهوري بند/٥٤٢، محمود جمال الدين زكي بند/٩١.

(٣) وفي هذه الحالة لا يجوز لمن وضع يده على البعض من المال الذي لم تتناوله القسمة أن يدعي أنه ملك خالص له بدعوى أن خلو الاتفاق على القسمة من هذا البعض من المال دليل على أن الشركاء *تخارجوا* على أن يكون له. وفي هذا المعنى جاء في حكم لمحكمة التمييز، أن «التخارج هو أن يتصالح الورثة على إخراج بعضهم من الميراث على شيء معلوم. فإذا اتفق الورثة على اختصاص كل منهم بقدر معين من تركه المورث فلا يعتبر ذلك تخارجا بل هو اتفاق على قسمة. . . ولا يعني خلو هذا الاتفاق من عقاري النزاع أنهما ملك خالص لأحد الورثة دون الباقين، وإنما يعني أنهما لم يكونا ضمن الأعيان التي جرت قسمتها بمقتضى ذلك الاتفاق فحسب». في ١٩٨٣/٣/١٦ طعن رقم/١١٦، ١١٧ تجاري (مجلة القضاء والقانون ١١ (ع/٣) - ٣٢ـ١١٩).

(٤) نقض مصري ١٩٧٥/٢/٢٥ (خلف ٧١ ـ ٣٠).

المـال كله[1][2]. وتكون العبرة، عندئذ، في تقدير الغبن لإبطال القسمة ـ وهو حكم سنعرض له فيما بعد ـ بقيمة العين الشائعة وقت إبرام التصرف الأخير، لأن القسمة قد تمت وقت إبرامه [3].

وجود غير كامل الأهلية أو غائب أو مفقود بين الشركاء :

٤٧٧ ـ فإذا كان بين الشركاء غير كامل الأهلية، سواء كان صغيرا عديم الأهلية أو ناقصها، أو كان عدم كمال أهليته لعارض من جنون أو سفه أو عته أو غفلة، لم تجز القسمة الاتفاقية أصلا، إلا إذا كان له ولي شرعي فيجوز للولي أن يتفق على القسمة .

كما لا تجوز القسمة الاتفاقية أيضا إذا كان بين الشركاء من ثبتت غيبته أو فقده، فليس لمن تعيّنه المحكمة للولاية على ماله أن يبرم عقد القسمة .

ففي هذه الحالات جميعا ـ وقد امتنعت القسمة الاتفاقية ـ يجب لإنهاء الشيوع، الالتجاء إلى إجراءات القسمة القضائية . فالمشرع الكويتي لم يأخذ بما أخذ به المشرع المصري من جواز أن تتم القسمة الاتفاقية بواسطة الوصي أو القيم أو وكيل الغائب أو المفقود بشرط الحصول على إذن من القضاء[4]. وقد روعي في ذلك «أن القسمة القضائية فيهـا الضـمانـات الـلازمة لحماية غير كامل الأهلية أو الغائب أو المفقود، وفي الوقت نفسه ليس في الالتجاء إليها مشقة أكثر من الالتجاء أولا إلى القضاء لطلب الإذن بإجراء القسمة الاتفاقية ثم الالتجاء إلى المحكمة مرة ثانية للتثبُّت من عدالة القسمة، وقد ترى المحكمة بعد هذا كله أن تقرر اتخاذ إجراءات القسمة القضائية، فالأولى من هذا كله أن يلجأ الوصي أو القيم ابتداءً إلى اجراءات القسمة القضائية[5].

وجوه الطعن في القسمة الاتفاقية :

٤٧٨ ـ وبحسبان القسمة الاتفاقية عقدا، فإن وجوه الطعن فيها هي نفس وجوه

---

(١) نقض ٢١/١٢/١٩٤٤ (مجموعة عمر جـ/٤ رقم/١٧٧ ص/٥٠٢).

(٢) أما «مجرد وضع يد الوارث على قدر مفرز من أرض مشتركة «فإنه لا يمنعه من أن يطالب بتثبيت ملكيته لحصته الميراثية شائعة في هذه الأرض ولا من القضاء له بذلك ما دامت التركه لا تزال على الشيوع» نقض ٦/١/١٩٤٩ (خلف ٥١ ـ ٢٥).

(٣) في هذا المعنى: السنهوري بند/٥٤١، محمود جمال الدين زكي بند/٩١.

(٤) مادة/٨٣٥ مدني مصري، والمادتان ٤٠، ٧٩ من قانون الولاية على المال. كما أخذت بنفس الحل المادة/١٨ من القانون رقم/٤ لسنة/١٩٧٤ (الكويتي) في شأن إدارة شئون القصّر.

(٥) أنظر المذكرة الايضاحية للقانون المدني الكويتي تعليقا على المادة/٨٣١؛

الطعن في سائر العقود.

فقد يطعن فيها بالبطلان المطلق، كما لو وقعت بين الورثة قبل وفاة المورث، فتكون تعاملا في تركة مستقبلة لا يجوز (م/١٦٩). وقد يطعن فيها بالإبطال لعيب شاب رضاء المتقاسم، كتدليس[١] أو إكراه أو استغلال، أو حتى غلط في القيمة[٢]، وإن كان في إمكان إبطال القسمة الاتفاقية للغبن طبقا للمادة/٨٣٢ كما سيجيء، ما يغني في كثير من الأحيان عن إبطالها لغلط في القيمة[٣].

أما فيما يتعلق بأهلية المتقاسمين فيراعي ما سبق أن أشرنا إليه من عدم جواز إجراء القسمة اتفاقيا، أصلا، إذا كان بين الشركاء غير كامل الأهلية أو غائب أو مفقود، وإلّا وقعت القسمة باطلة بطلانا مطلقا (ما لم يكن لغير كامل الأهلية ولي).

إمكان إبطال القسمة للغبن

إمكان إبطال القسمة الاتفاقية، للغبن، خروجا على القواعد العامة:

٤٧٩ - نسارع إلى التنويه، في البداية، بأن الغبن المجرد، بمعنى عدم التعادل بين الالتزامات المتقابلة في عقود المعاوضات، لا ينهض، من حيث الأصل، سبباً للطعن في هذه العقود. وإذا وقع الغبن نتيجة لأحد عيوب الرضا (كالغلط في القيمة أو الإكراه أو الاستغلال... الخ) فإن الطعن في العقد لا يتأسس عندئذ على الغبن وإنما على العيب الذي سبّبه، الأمر الذي يقتضى توافر شروط هذا العيب، القانونية. والحكمة التي يتوخّاها المشرع من تقرير قاعدة عدم الاعتداد بالغبن المجرد، واضحة، وهي كفالة استقرار المعاملات.

غير أن ثمة اعتبارات مهمة ومتنوعة، جعلت المشرع يُورد على هذا الأصل بعض الاستثناءات، فيها يعتدّ بالغبن المجرد. ومن هذه ما نص عليه في المادة/٨٣٢ التي تقضى بأنه:

---

(١) أنظر من تطبيقات القضاء المصري، نقض ١٩٤٩/١٢/١ (مجموعة أحكام النقض السنة/١ رقم/١٨ ص/٦٤).

(٢) كأن يقدّر الشركاء قيمة أحد أعيان الأموال الشائعة بأقل من الحقيقة أو بأكثر منها، إلى حد كبير، لوقوعهم في غلط في قيمته. عندئذ يجوز «للشريك الذي وقعت في نصيبه هذه العين إذا قدّرت بأكبر من قيمتها، أو للشركاء الآخرين إذا قدرت بأقل من قيمتها، طلب إبطال القسمة الاتفاقية للغلط» السنهوري بند/٥٤٤.

(٣) في هذا المعنى، السنهوري ص/٨٩٨ هامش/٤.

١ ـ للمتقاسم الحق في طلب إبطال القسمة التي تمّت بالتراضي إذا لحقه منها غبن يزيد على الخمس، ويكون التقدير حسب قيم الأشياء وقت القسمة.

٢ ـ وتسقط دعوى الإبطال بمرور سنة من وقت القسمة.

٣ ـ وللمدعي عليه أن يمنع الإبطال إذا أكمل للمدعي نقدا أو عينا ما نقص من نصيبه».

نطاق هذا الحكم ومبرره:

٤٨٠ ـ ويبين من هذا النص أن الطعن بإبطال القسمة للغبن مقصور على القسمة الاتفاقية[١]، دون القسمة القضائية التي أحيطت بضمانات كفيلة بتحقيق المساواة بين المتقاسمين ومنع الغبن عنهم[٢].

إنما ينطبق على كل قسمة اتفاقية: كلية كانت أم جزئية تقتصر على جزء من المال الشائع، وسواء كانت قسمة عينية (بمعدّل أو بدون معدّل) أم كانت قسمة تصفية[٣]، وسواء كان المال الشائع موضوع القسمة منقولا أم عقارا.

٤٨١ ـ ويعلّل هذا الخروج الاستثنائي على القواعد العامة، بمبدأ المساواة الذي يسود بين المتقاسمين في حصول كل منهم على جزء مفرز من المال الشائع يساوي حصته. فالقسمة ـ على العكس من عقود المعاوضات الناقلة للملكية كالبيع ـ لا تقوم على أساس المضاربة[٤]، وإنما هي تقتصر على تركيز ما كان للشريك من حق شائع في مجموع المال، في مال محدد، فهي لا تخوله حقا لم يكن له من قبل وإنما تفرز فقط هذا الحق وتبيّن حدوده. فيجب، من ثم، أن تسفر عن تطابق تام بين النسبة الشائعة التي كانت للشريك وبين ما يؤول إليه بمقتضاها من مال مفرز[٥] وإلّا حقّ له رفضها.

مقدار الغبن الذي يجيز الإبطال، وكيفية تحديده:

٤٨٢ ـ والغبن الذي يجيز للمتقاسم طلب إبطال القسمة توطئة لإجرائها من

---

(١) والمقصود بهذه، هنا، قسمة الملك لا مجرد قسمة الانتفاع (قسمة المهايأة).

(٢) في هذا المعنى، المذكرة الايضاحية للقانون المدني المصري أنظر مجموعة الأعمال التحضيرية ج/٦، ص/١٢٨.

(٣) والذي يعتد به، في قسمة التصفية، إذا كان المشتري أجنبيا، ليس هو الغبن الذي يقع في بيع المال الشائع، وإنما هو الغبن «في قسمة الثمن بين الشركاء»، انظر السنهوري بند/٥٤٨.

(٤) (٥) قرب، اسماعيل غانم بند/٨٠.

جديد، هو الذي يجاوز الخمس.

٤٨٣ - ولمعرفة ما إذا كان قد وقع في القسمة غبن بهذه النسبة، تقدّر قيمة الحصة الشائعة لكل شريك، ثم تقدّر قيمة الجزء المفرز الذي آل إليه بمقتضى القسمة، فإن نقصت بأزيد من خمس قيمة تلك الحصة، أو في عبارة مساوية، إذا لم تصل قيمة هذا الجزء إلى أربعة أخماس قيمة تلك الحصة، كان للشريك طلب إبطال القسمة.

والعبرة في التقدير بقيم الأشياء وقت القسمة، فتقدّر في هذا الوقت قيمة المال الشائع كله وقيمة نصيب كلّ من المتقاسمين.

دعوى الإبطال، وأثر الحكم به:

٤٨٤ - وترفع دعوى الإبطال من الشريك المغبون على سائر الشركاء، لأن موضوع الدعوى هو إبطال قسمة تمّت باتفاقهم جميعا.

ويجب أن ترفع هذه الدعوى خلال مدة سنة على الأكثر من وقت القسمة وإلا سقط حق المغبون في رفعها حتى ولو كان لم يعلم في أثنائها بالغبن الذي لحق به[1]. وهذه المدة هي مدة سقوط لا تقبل الوقف ولا الانقطاع[2].

ويقع على المدعي - طبقا للقواعد العامة - عبء إثبات الغبن الذي لحق به. وهو يستطيع أن يقيم الدليل عليه بجميع الطرق لتعلّق الأمر بإثبات واقعة مادية.

ومتى أقيم الدليل عليه، تعينّ على القاضي أن يحكم بإبطال القسمة، فليس له إزاء طلبه أية سلطة تقديرية.

٤٨٥ - فإذا حكم بالإبطال اعتبرت القسمة كأن لم تكن منذ أجريت، وتعود حالة الشيوع كما كانت من الأصل، فتسقط - تبعا لذلك - تصرفات الشركاء في الأجزاء المفرزة التي كانت آلت إليهم بمقتضى القسمة، ويعود المال الشائع خاليا من الحقوق التي ترتبت للغير على هذه الأجزاء طبقا للقواعد المقررة في شأن أثر إبطال العقد في

---

(١) في هذا المعنى: محمود جمال الدين زكي بند/٩٤، محمد لبيب شنب بند/٢٩٣.

(٢) وحيث يتعلق الأمر بإبطال يمكن التنازل عنه بالإجازة طبقا للقواعد العامة، فانه يمكن أن يستفاد تنازل المتقاسم من أي تصرف يدل ضمنيا على إجازته للقسمة. كأن يتصرف - بعد علمه بالغبن الذي لحق به - في المال الذي آل إليه بمقتضى القسمة، تصرفا يدل على رضائه بما قسم له، كأن يبيعه أو يهبه... الخ. أو أن ينفذ باختياره، و بعد علمه بالغبن، عقد القسمة الذي غبن فيه، كان يدفع مثلا المعدل الذي التزم بدفعه أو يقبضه إن كان هو الدائن به، راجع في هذا المعني. السنهوري بند/٥٤٦.

التصرفات الصادرة للغير[1][2].

إمكان تفادي إبطال القسمة :

٤٨٦ - إنما يمكن للمدعي عليه[3] الحيلولة دون إبطال القسمة بأن يكمل للمدعي المغبون ما نقص من نصيبه[4]. فلا يكفي أن يرفع عنه ما زاد من الغبن عن الخمس، أي لا يكفي أن يكمل له ما يجعل ما حصل عليه يساوي أربعة أخماس قيمة حصته.

ويستطيع المدعي عليه تكملة ما نقص من نصيب المدعي في أية حالة كانت عليها الدعوى، ولو في الاستئناف. فيمتنع، بذلك، الحكم بإبطال القسمة. أما بعد صدور الحكم النهائي بالإبطال فلا يبقى إلا العمل على الاتفاق على القسمة من جديد أو رفع دعوى القسمة أمام القضاء[5].

---

(١) في هذا المعنى، السنهوري بند/٥٥٠، محمود جمال الدين زكي بند/٩٤.

(٢) أما أعمال الإدارة فتبقى محتفظة بأثرها حتى بعد إبطال القسمة، وذلك وفقا للقواعد المقررة في هذا الشأن.

(٣) أي بقية المتقاسمين.

(٤) وتعتبر المذكرة الإيضاحية هذه الرخصة المخولة للمدعي عليه، محض «تطبيق للقواعد العامة التي تقتضي عدم جواز التمسك بالإبطال على نحو يخالف حسن النية». انظر المذكرة الإيضاحية تعليقا على المادة/٨٣٢.

(٥) وفي الفقه المصري من يرى أن بإمكان المدعي عليه أن يمنع القسمة من جديد بأن يكمل حصة الشريك المغبون ولو بعد صدور حكم نهائي بإبطال القسمة، استنادا إلى عبارة نص المادة/٨٤٥ مدني مصري التي تجيز للمدعي عليه أن «يمنع القسمة من جديد» إذا أكمل للمدعي نقدا أو عينا ما نقص من حصته. انظر مثلا السنهوري بند/٥٥١، محمد علي عرفة بند/٣٣٥، محمود جمال الدين زكي بند/٩٤، محمد لبيب شنب بند/٢٩٣.

وحيث لم تستخدم المادة/٨٣٢ مدني كويتي هذه العبارة، وإنما قالت أن للشريك «أن يمنع الإبطال... الخ النص» فإن هذا الرأي لا يجوز الأخذ به في القانون الكويتي.

المحـــور الثـــاني

القسمـــــة القضائيـــــة

دعـوى *القسمـــة*:

٤٨٧ ـ إذا لم يتمكن الشركاء من التوصل ـ بالإجماع ـ إلى اتفاق على قسمة المال الشائع على أي نحو، أو كان إجراء القسمة بالاتفاق غير جائز أصلا حالة وجود غير كامل الأهلية (ولا ولي له) أو غائب أو مفقود بين الشركاء على ما سبق أن بيناه، فلا مناص عندئذ من اللجوء إلى القسمة القضائية.

وترفع دعوى القسمة أمام المحكمة الكلية (م/٨٣٣) أيا كانت قيمة المال أو الأموال المطلوب قسمتها. وقد راعي المشرع في ذلك اعتبارا عمليا بالدرجة الأولى. إذ قد تعرض ـ كما سنرى ـ منازعات في القسمة سواء من الشركاء أنفسهم أو من غيرهم كالدائنين، بل وقد تعرض هذه المنازعات في شأن ملكية جزء أو أكثر من الأموال المطلوب تقسيمها، ومن شأن إناطة الاختصاص بدعوى القسمة لهذه المحكمة أن تحكم أيضا في كافة هذه المنازعات أيا كانت قيمة المنازعة[1].

والمدعي في هذه الدعوى هو ـ بداهة ـ الشريك الذي يريد الخروج من الشيوع. والمدعي عليه فيها هم باقي الشركاء. فإذا أغفل المدعي رفع الدعوى على بعضهم، كان لهؤلاء أن يتدخلوا فيها من تلقاء أنفسهم، كما يجوز للمحكمة ـ من تلقاء نفسها ـ أن تدخلهم فيها، وإلا فإن الحكم الصادر في دعوى القسمة لن يكون حجة عليهم[2].

٤٨٨ ـ وقد يحدث أن تنتهي دعوى القسمة ـ صلحا ـ قبل صدور الحكم فيها، فلا يجوز بعدئذ معاودة طلب إجراء قسمة ذات الأعيان في دعوى تالية[3].

---

(١) وهناك اعتبار آخر كان في ذهن المشرع وقت وضع نص المادة/٨٣٣، وهو أن أحكام المحاكم الجزئية لم تكن ـ في ظل قانون المرافعات المعمول به إذ ذاك ـ تقبل الاستئناف. أنظر المذكرة الإيضاحية تعليقا على المادة/٨٣٣.

(٢) إنما، هذا البعض وحدهم هم الذين يستطيعون أن يتمسكوا بعدم نفاذ الحكم في مواجهتهم، فليس لمن دخل في دعوى القسمة على أي وجه أن يدفع بعدم قبول الدعوى لعدم اختصام جميع الشركاء فيها. في هذا المعنى: نقض ١٩٥٥/١١/٢٤ (المجموعة ٦ ـ ٢٠٩ ـ ١٥٢٧).

(٣) وفي هذا المعنى، جاء في حكم لمحكمة التمييز أنه: «عملا بالمادة/٥٥٦ مدني فإن الصلح يحسم المنازعات =

كيفية إجراء المحكمة للقسمة :

٤٨٩ ـ والقسمة القضائية قد تكون قسمة عينية، أو قسمة بطريق التصفية :

أولا : القسمـــة العينية :

٤٩٠ ـ الأصل أن تكون القسمة عينية، بأن تعين المحكمة لكل شريك جزءا مفـرزا من المـال الشـائـع مادام هذا يقبـل القسمـة عينـا دون نقص كبير في قيمته (م/٨٣٣). ولها أن تندب لفرز الأنصبة خبيرا أو أكثر (م/٨٣٣)، بل الغالب أنها تفعل ذلك.

أ ـ تكوين الأنصبة على أساس أصغر حصة (م/ ٨٣٤-١) :

٤٩١ ـ وفي سبيله لتكـوين الأنصبـة، يبـدأ الخبير بتقسيم المال الشائع أجزاء متساوية على أساس أصغر حصة، ولو كانت القسمة جزئية، تمهيدا لإجراء القرعة بين الشركاء. فإذا كانت أصغر حصة هي الثُمن مثلا، قسم المال إلى ثمانية أجزاء.

وهذه الطريقة وإن كان لها مزية تفادي احتمال أي تحيّز لشريك على حساب غيره إلا أنها لا تخلو من عيب، فهي تؤدي إلى تفتيت نصيب الشريك صاحب الحصة الكبيرة فيحصل عليه على عدة أجزاء متفرقة. ففي المثال السابق يحصل صاحب النصف مثلا على نصيبه في أربع قطع كل منها منفصلة عن الأخرى. وقد يكون في مثل هذا التفتيت ضرر للشركاء.

ب ـ القسمة بطريق التجنيب (م/ ٨٣٤-٢)

٤٩٢ ـ وفيها تعيِّن المحكمة لكل شريك جزءا مفرزا من المال أو الأموال الشائعة يعادل حصته.

ويوجب القانون اللجوء إلى هذه الطريقة : إذا تعذرت القسمة على أساس أصغر

= التي يتناولها ويترتب عليه انقضاء الادعاءات التي نزل عنها كل من المتعاقدين نزولا نهائيا فلا يجوز لأي منهما بعد أن انحسم النزاع بالصلح أن يجدد هذا النزاع ولا أن يمضى في الدعوى التي كانت مرفوعة بها حسمه الطرفان صلحا. لما كان ذلك. . . . وكانت الدعوى قد أقيمت بين الطرفين بطلب قسمة أعيان التركة، وأن النزاع بينهما قد انتهى صلحا، فقد انقضت الخصومة بين الطرفين في الدعوى الراهنة بذلك الصلح بما لا يجوز معه السير فيها». تمييز ١٩٨٦/٥/٧ في الطعن رقم ١٣٤ / ٨٥ (تجاري) (مجلة القضاء والقانون ١٤ (ع/١) -٦٠-٢٤٠).

حصة، أو اتفق الشركاء جميعا على ذلك. فالشركاء أنفسهم أصحاب الحق الأول في تقدير ما إذا كانت القسمة على أساس أصغر حصة ثم القرعة تفيدهم أم لا.

إحكام المساواة بين الحصص أو بين الأجزاء، عن طريق المعدّل (م/ ٨٣٤-٣)

٤٩٣ ـ وقد يتعذر على الخبير في بعض الأحيان ـ أن يقيم المساواة التامة بين الحصص في حالة التقسيم على أساس أصغر حصة، أو بين الأجزاء في حالة القسمة بطريق التجنيب. فيجوز له، حالئذ، أن يكمل النصيب أو الأنصبة الناقصة بمبلغ من النقود يقال له المعدل (soulte)، يدفعه من يحصل على نصيب أكبر من قيمة حصته.

الفصل في المنازعات:

٤٩٤ ـ وقد تثور منازعة في القسمة بعد أن يكون الخبير كوّن الأنصبة إما على أساس أصغر حصة أو بطريق التجنيب. وهذه المنازعات تثار عادة من قبل شريك، كأن يدعي مثلا بأن الحصص غير متساوية، أو بأن الجزء الذي حدّده الخبير له أقل من حقه، أو بأن الجزء الذي حدده لغيره أكثر من حقه، أو بأن المعدّل الذي حدده الخبير أقل أو أكثر مما يلزم لتحقيق المساواة بين الحصص... وهكذا.

إنما يمكن أيضا لكل ذي مصلحة، ولو لم يكن شريكا، أن ينازع في تكوين الحصص، كدائن الشريك مثلا. بل قد تثور المنازعات لا في القسمة ذاتها وإنما في غيرها وإن اتصلت بها، كالمنازعة في ملكية جزء أو أجزاء من الأموال المطلوب تقسيمها.

عندئذ يكون على المحكمة أن تفصل في مثل هذه المنازعات أولا، قبل أن تحكم بإعطاء كل شريك نصيبه المفرز.

الحكم بالنصيب المفرز لكل شريك:

٤٩٥ ـ بعد الانتهاء من الفصل في المنازعات على النحو السابق بيانه، تأتي المرحلة الأخيرة في دعوى القسمة، وهي المرحلة التي نظمتها المادة/ ٨٣٥ حيث قضت بأن: «بعد الانتهاء من الفصل في المنازعات المتعلقة بتكوين الأنصبة والمنازعات الأخرى، فإن كانت الأنصبة قد كوّنت بطريقة التجنيب أصدرت المحكمة حكما بإعطاء كل شريك نصيبه المفرز، وإن كانت قد كوّنت على أساس أصغر حصة تجري القسمة بالاقتراع وتثبت المحكمة ذلك في المحضر وتصدر حكما بإعطاء كل شريك نصيبه المفرز».

ثانيا: القسمة بطريقة التصفية:

٤٩٦ ـ أشارت إلى هذه الطريقة المادة/٨٣٦ حين قضت بأنه:

«١ ـ إذا كانت قسمة المال عينا غير ممكنة أو كان من شأنها إحداث نقص كبير في قيمته، حكمت المحكمة ببيعه بالمزاد بالطريقة المبنية في قانون المرافعات.

٢ ـ ويجوز للمحكمة أن تأمر بقصر المزايدة على الشركاء إذا طلبوا ذلك بالإجماع، مالم يكن بينهم غير كامل الأهلية وليس له ولي أو كان بينهم من ثبتت غيبته أو فقده».

٤٩٧ ـ فقد يتبين للمحكمة أن قسمة المال الشائع عينا غير ممكنة، كما لو كان سفينة أو سيارة، أو منزلا معدّا لسكني أسرة واحدة... الخ، أو يتبين لها أن قسمته عينا، على إمكانها، من شأنها أن تنقص من قيمته نقصا كبيرا، كما لو كان قطعة أرض معدة للبناء ولو قسّمت لأصبح كل جزء منها صغيرا إلى حد ينقص من منفعته فتقل قيمته، فتعدل المحكمة ـ وجوبا ـ عن القسمة العينية إلى القسمة بطريق التصفية، وذلك بأن تحكم بأن يباع المال الشائع بالمزاد العلني بالطريقة المبيّنة في قانون المرافعات للبيع الجبري.

٤٩٨ ـ والأصل أنه يجوز لأي شخص، سواء من الشركاء أو من غيرهم، أن يتقدم للمزايدة عند بيع المال الشائع حتى يمكن الحصول على أكبر ثمن ممكن. ولكن قد يرى الشركاء أنفسهم قصر المزايدة عليهم لاعتبارات يقدّرونها، كأن يكون المال هو منزل الأسرة ويريدون أن يبقى في يد واحد منهم. ولما كانت المصلحة التي يمكن أن تتأثر بقصر المزايدة على الشركاء هي مصلحتهم فيكفي لحمايتهم أن يكون قصر المزايدة عليهم دون غيرهم بموافقتهم جميعا.

لكن إذا كان بين الشركاء غائب أو مفقود أو غير كامل الأهلية وليس له ولي، فرعاية لمصلحته لا يجوز للمحكمة أن تأمر بقصر المزايدة على الشركاء حتى ولو طلبوا ذلك ووافق على الطلب من ينوب عن الغائب أو المفقود أو غير كامل الأهلية.

٤٩٩ ـ وحيث لدائني الشركاء ـ بدورهم ـ مصلحة في رسو المزاد بأعلى ثمن ممكن، يكون لهم، طبقا للقواعد العامة، حق التدخل في دعوى القسمة حماية لمصالحهم ويمكنهم من خلال هذا التدخل أن يعترضوا على طلب الشركاء قصر المزايدة عليهم.

وللمحكمة سلطة التقدير، وقد ترى برغم إجماع الشركاء على طلب قصر المزايدة عليهم، أن ترفض طلبهم هذا إذا قدّرت أن اعتراض الدائن أو الدائنين عليه مبني على اعتبارات مقبولة.

المحــور الثــالث

حمايـــة دائني المتقاسمين

٥٠٠ ـ تخوّل القواعد العامة دائن المتقاسم حق التدخل في دعوى القسمة باعتباره صاحب مصلحة، فيتمكن ـ بذلك ـ من مراقبة سير إجراءات القسمة حتى لا تتم على نحو يضر بمصلحته: كأن ينازع في تكوين الأنصبة، أو يعترض على إجراء القسمة بطريقة التجنيب مادام إجراؤها بطريقة القرعة ممكناً، أو يعترض على طلب الشركاء قصر المزايدة عليهم. ويفترض التدخل ـ بداهة ـ أن لدى الدائن علماً بدعوى القسمة المرفوعة. وقد ترفع هذه، عملا، دون أن يعلم بها فتفوته فرصة الدفاع عن مصلحته.

وفي القسمة الاتفاقية يمكن أن يتعرض الدائن لتواطؤ محتمل بين المتقاسمين إضرارا بحقوقه: كأن يتفق شريك مدين مع بقية شركائه على أن يختص بحصة عينية تقل عن نصيبه ويكمل النصيب بنقود يقبضها دون علم الدائن، أو على أن يختص بأموال يسهل إخفاؤها عن الدائن كالمجوهرات أو السندات لحاملها أو النقود.

٥٠١ ـ لذلك لم يكتف المشرع بالحماية التي تكفلها القواعد العامة لدائني المتقاسم، وإنما كفل لهم حماية خاصة بتمكينهم من تفادي إجراء القسمة في غيبتهم، نص عليها في المادة/٨٣٧ التي تقضي بأنه:

«١ ـ يجب على الشركاء، سواء كانت القسمة قضائية أو اتفاقية، أو يدخلوا الدائنين المشهرة حقوقهم قبل رفع الدعوى أو قبل إبرام القسمة الاتفاقية، وإلا كانت القسمة غير نافذة في حقهم.

٢ ـ ولدائني كل شريك أن يعارضوا في أن تتم القسمة القضائية في غيبتهم، وتكون المعارضة بإنذار رسمي يوجه إلى جميع الشركاء. ويجب على الشركاء إدخال من عارض من الدائنين في الدعوى وإلا كانت القسمة غير نافذة في حقهم».

ويبين من هذا النص أن المشرع قد فرق، في هذه الحماية الخاصة، بين الدائنين أصحاب الحقوق المشهرة من جهة، والدائنين العاديين من جهة أخرى.

٥٠٢ ـ أ ـ ففيما يتعلق بالدائنين المشهرة حقوقهم قبل رفع دعوى القسمة أو إبرام

القسمة الاتفاقية، يجب على الشركاء إدخالهم في القسمة. فإذا حصل هذا الإدخال فللدائن أن يعمل على تفادي المساس بحقه: فإذا كانت القسمة قضائية فالمحكمة هي التي تقدّر ما يطلبه الدائن وتحكم في الدعوى بما تراه محققا مصالح المتقاسمين وبمراعاة مصلحة الدائن. وإن كانت القسمة اتفاقية فقد يراعي المتقاسمون ما أبداه الدائن رعاية لحقه وتتم القسمة باتفاق كل ذوي الشأن بما في ذلك موافقة الدائن، فإن اختلفوا فلا مفر من الالتجاء إلى القسمة القضائية. أما إذا لم يدخل المتقاسمون الدائن فلا تكون القسمة، قضائية كانت أم اتفاقية، نافذة في حقه.

٥٠٣ ـ ب ـ وفيما يتعلق بالدائنين العاديين، يكون لهم إن شاءوا أن يعارضوا في أن تتم القسمة (القضائية) في غيبتهم. فإذا تمت المعارضة وجب على الشركاء إدخال من عارض في القسمة، وإلا كانت غير نافذة في حقه. فيما يعني أن حماية هذه الفئة من الدائنين تبدأ بمبادرة عليهم هم أنفسهم أن يتخذوها، متمثلة في المعارضة، فيترتب على هذه المبادرة وجوب إدخال من اتخذها، في القسمة[1].

وحسماً لما قد يثور من منازعة فيما إذا كان الدائن عارض أم لا، أوجب المشرع أن تكون المعارضة بإنذار رسمي.

وتوجّه المعارضة إلى جميع الشركاء، فإذا وجّهت لبعضهم دون البعض الآخر، ولم يدخل المتقاسمون[2] الدائن الذي عارض، تكون القسمة نافذة في حقه مادام أنه لم يكن قد وجه المعارضة للجميع، فلا يصح أن يقال أن القسمة تنفذ بالنسبة للبعض[3] دون البعض الآخر[4]، لأن القسمة لا تقبل التجزئة[5].

وواضح من عبارة نص الفقرة/٢ من المادة/٨٣٧ سالفة الذكر أن المشرع يقصر المعارضة التي يتكلم عنها وما يترتب عليها من إلزام المتقاسمين بإدخال من عارض، على القسمة القضائية دون القسمة الاتفاقية[6]. وقيل في تبرير ذلك، أنه حتى مع التسليم بأن الدائن في حاجة إلى حماية من القسمة الاتفاقية لا تقل عن حاجته إلى الحماية من

---

(١) وقيل في تبرير ذلك أنه: «لا يتصور إلزام المتقاسمين ابتداء وبحكم القانون أن يدخلوا الدائن لأنه غير معلوم لهم» أنظر المذكرة الايضاحية تعليقا على الفقرة الثانية من المادة/٨٣٧.

(٢) حتى ولا الذين وجهت اليهم المعارضة.

(٣) أي الذين لم تتم المعارضة في مواجهتهم.

(٤) أي الذين تمت المعارضة في مواجهتهم.

(٥) انظر المذكرة الايضاحية، الموضع السابق.

(٦) ويفهم هذا أيضا من ظاهر نص المادة/٨٤٢ مدني مصري.

القسمة القضائية بل قد تكون حاجته الأولى أكبر لخلو القسمة الاتفاقية من ضمانات القسمة القضائية[1] إلا أن إعطاء الدائن العادي حق التدخل في القسمة الاتفاقية «أمر غير مقبول إذ يؤدي إلى تمكين الدائن الذي لم يتعلق حقه بذات المال أو الأموال المراد قسمتها، من التحكم الذي لا حدّ له، وينتهي الأمر إلى أن يكون في قدرة أي دائن لأي شريك أن يجبر الشركاء جميعا على العدول عن القسمة الاتفاقية والالتجاء إلى القضاء، وفي هذا خروج على مبدأ حرية التعاقد لامبرر له. فإذا كان الشريك يستطيع أن يتصرف في حقه بسائر التصرفات كالبيع والهبة . . . الخ دون موافقة دائنيه، فلا مبرر لإقحام الدائن في القسمة بالذات. ولهذا يكتفي في حماية الدائن العادي من القسمة الاتفاقية، بالقواعد العامة التي تجيز للدائن الطعن في تصرفات مدينه بدعوى عدم نفاذ التصرف»[2].

---

(١) يقول بهذه الحجج لمد الحكم إلى القسمة الاتفاقية أيضا، رغم ظاهر النص: السنهوري بند/٥٦٣، الصده بند/١٩٣، وانظر، في قصر الحكم على القسمة القضائية إعمالا لعبارة النص: محمد كامل مرسي ج/٢ بند/١٢٣، محمد علي عرفه بند/٣٣٠ عبد الفتاح عبد الباقي بند/١٥٤، البدراوي بند/١٥٥.

(٢) المذكرة الإيضاحية، الموضع السابق.

المحـــور الرابـــع

آثـــار القسمـــة

تمهيـــد:

ترتب القسمة العينية[1] أثرين جوهريين[2] هما: إفراز نصيب كل شريك في المال الشائع، وضمان المتقاسمين، بعضهم لبعض، ما قد يقع لأي منهم ـ في نصيبه المفرز ـ من تعرّض أو استحقاق لسبب سابق على القسمة، وضمان المتقاسم ما يقع لغيره من المتقاسمين من تعرض أو استحقاق لسبب لاحق للقسمة يرجع إلى فعله. ونفصّل فيما يلي هذين الأثرين كل على حدة.

أولا: الافـــراز

المقصـــود بـــه:

٥٠٤ ـ يترتب على قسمة المال الشائع إفراز جزء من هذا المال لكل شريك يستقل به[3] وينحصر حقه فيه. وقد أشارت لهذا الأثر المادة/٨٣٨ حين قضت بأن: «يعتبر المتقاسم مالكا وحده للنصيب المفرز الذي اختص به في القسمة...».

---

(١) أما القسمة بطريق التصفية فإنها إذا ما تمت ـ وهي تتم بتوزيع الثمن الناتج من بيع المال الشائع على المتقاسمين كل بنسبة حصته ـ استنفدت بذلك كل آثارها، وخضعت العلاقة بين المتقاسمين والأجنبي الذي رسا عليه المزاد، لأحكام عقد البيع من حيث الالتزام بالتسليم وبالضمان وبدفع الثمن (أما إن كان الراسي عليه المزاد هو أحد الشركاء فإن رسو المزاد يعتبر قسمة بالنسبة لجميع الشركاء.

(٢) وإلى جانب هذين الأثرين قد تترتب على القسمة آثار أخرى ثانوية، كالالتزام بدفع المعدّل، وتنفيذه يخضع للقواعد العامة في الوفاء.

كذلك، وضمانا لحق كل متقاسم في الرجوع على الآخرين بسبب القسمة، وفي استيفاء ما تقرّر له فيها من معدّل، يقرر القانون لكل متقاسم حق امتياز على المنقول المقتسم أو على جميع الحصص المفرزة من العقار المقتسم التي وقعت في نصيب باقي الشركاء (م/١٠٧٩، ١٠٨٢). ومعالجة هذا الامتياز لا تكون، عادة، في المؤلفات الخاصة بالملكية وإنما في المؤلفات الخاصة بالتأمينات العينية.

(٣) ومن ثم يملكه ملكية مفرزة.

وتختلف طرائق الإفراز، عملا، باختلاف طبيعة المال الشائع الذي خضع للقسمة العينية[1].

ويتحقق الإفراز بمجرد تمام القسمة، دون حاجة إلى أي إجراء آخر، سواء كان المال الشائع منقولا أو عقارا.

حماية كل شريك، في النصيب الذي اختص به، من تصرفات غيره أثناء فترة الشيوع:

٥٠٥ ـ وللوصول إلى حماية كل شريك من تصرفات غيره من الشركاء التي تمّت أثناء فترة الشيوع بالنسبة للنصيب الذي اختص به بالقسمة، تأخذ بعض التشريعات المقارنة، ومنها القانون المصري، بفكرة الأثر الرجعي للقسمة. وهي حيلة قانونية مضمونها اعتبار كل متقاسم أنه كان يملك وحده النصيب الذي آل إليه بالقسمة منذ أن تملّك في الشيوع، وأنه لم يكن يملك غيرها شيئا في بقية الحصص[2]، وذلك توصلا إلى اعتبار التصرفات التي تمّت من غيره صادرة من غير مالك، وبالتالي لا أثر لها بالنسبة للمتقاسم، فتخلص له ملكية النصيب الذي اختص به، خالية من كل أثر لتصرفات غيره من الشركاء. وهو أمر جوهري، من شأنه أن يؤدي إلى استقرار القسمة «إذ بدون ذلك، سيقوم الشريك، الذي اختصّ بنصيب محمّل بحقوق الغير، بالرجوع على غيره من الشركاء طالبا تعويضه أو نقض القسمة وإجراء قسمة جديدة»[3].

٥٠٦ ـ وواضح أن هذه الحيلة تخالف الحقيقة مخالفة مؤكدة. ذلك أن كل متقاسم كان يملك قبل القسمة فيما وقع في نصيب غيره، وأن غيره كانوا يملكون فيما وقع في نصيبه. والأخذ بفكرة الأثر الرجعي للقسمة على إطلاقها يؤدي إلى نتائج ليست فقط

---

(١) راجع في أمثلة لهذه الطرائق، محمد لبيب شنب بند/٣٠٣.

(٢) فتنص المادة/٨٤٣ مدني مصري على أنه: «يعتبر المتقاسم مالكا للحصة التي آلت إليه منذ أن تملك في الشيوع وأنه لم يملك غيرها شيئا في بقية الحصص». أنظر من تطبيقات القضاء المصري لهذا النص: نقض ١٩٦٥/١١/٢٥ (خلف ٦٢ـ٢٨)، نقض ١٩٨٥/١٢/١٢ (خلف ٨٤ـ٣٥)، نقض ١٩٨٧/١٢/٢٣ (خلف ٨٦ـ٣٦).

(٣) محمد لبيب شنب بند/٣٠٥.

غير مقبولة[1] وإنما تتجاوز الغرض المقصود منها[2] وهو، على ما ذكرناه، حماية كل شريك من تصرفات غيره من الشركاء التي تمّت أثناء فترة الشيوع.

لذلك، آثر المشرع أن يواجه مسألة حماية المتقاسم هذه مواجهة مباشرة، بدلا من الالتجاء إلى التحايل، ويقرر الحكم المناسب لها. وهذا ما فعله بالمادتين ٨٣٨، ٨٣٩.

٥٠٧ ـ فالمادة/٨٣٨، بعد إذ قررت الأثر الجوهري للقسمة وهو الإفراز، أضافت أن ملكية المتقاسم للنصيب المفرز الذي اختص به في القسمة تكون «خالصة من كل حق رتبه غيره من الشركاء، مالم يكن الحق قد تقرر بإجماع الشركاء أو بأغلبيتهم وفقا للقانون».

ومقتضى هذا النص أنه إذا كان هناك حق، كانتفاع أو رهن، ترتب أثناء الشيوع، على جزء مفرز، لا من الشركاء جميعا ولا من أغلبيتهم التي يحددها القانون وإنما من قِبل أحدهم (أو أقليتهم)، ووقع الجزء الذي ترتب عليه هذا الحق، على أثر القسمة، في نصيب متقاسم آخر، فإن هذا المتقاسم يتلقى هذا الجزء خاليا من هذا الحق الذي لا يكون نافذا في مواجهته. ولا يكون أمام من ترتب الحق لمصلحته (المنتفع أو المرتهن) إلا الرجوع على الشريك الذي رتّبه معه طبقا للقواعد العامة. أما إن كان هذا الحق ترتب

---

(١) منها، مثلا:
ـ أن كل شريك يستحق ثمار النصيب الذي اختص به في القسمة ويتحمل تكاليفه، في الفترة التي سبقت القسمة، أي أثناء حاله الشيوع.
ـ أن يعتد في تقويم الأنصباء عند القسمة بقيمة الأموال وقت بدء الشيوع لا وقت القسمة.
ـ أنه إذا صدر قانون جديد أثناء حالة الشيوع يغيّر من القواعد المنظمة للقسمة فإن هذا القانون لا ينطبق، على أساس أن القسمة تفرز لكل متقاسم حقه من وقت بدء الشيوع، أي من وقت سابق على صدور القانون الجديد.

(٢) لذلك، فإن الفقه، في التشريعات التي أخذت بهذه الفكرة، يقولون بوجوب قصر تطبيق النص الذي يقررها على الحالات التي تتحقق فيها الحكمة من وضعه دون ما عداها. أنظر الفقه الفرنسي والمصري المشار إليه في محمود جمال الدين زكي بند/١٠٠ هامش/٣٤.
وقد جاء في حكم نقض (مصري) ١٩٦٥/١١/٢٥ سابق الإشارة إليه ما نصه: «الثمار التي تنتج من المال الشائع أثناء قيام الشيوع، من حق الشركاء جميعا بنسبة حصة كل منهم، وإجراء القسمة بعد ذلك لا يجعل للمتقاسم حقا في الاستئثار بثمار الحصة التي خصصت له إلا من وقت حصول القسمة. ولا يقدح في ذلك ما قضت به المادة/٨٤٣ من القانون المدني من اعتبار المتقاسم مالكا للحصة التي آلت اليه منذ أن تملك في الشيوع. ذلك أن علة تقرير هذا الأثر الرجعي للقسمة هو حماية المتقاسم من الحقوق التي يرتبها غيره من الشركاء على المال الشائع أثناء قيام الشيوع بحيث يخلص لكل متقاسم نصيبه المفرز الذي خصص له في القسمة مطهّرا من هذه الحقوق. ويجب قصر إعمال الأثر الرجعي للقسمة في هذا النطاق واستبعاده في جميع الحالات التي لا يكون الأمر فيها متعلقا بحماية المتقاسم من تصرفات شركائه الصادرة قبل القسمة».

بإجماع الشركاء أو بواسطة أغلبيتهم التي يحددها القانون، فإنه يكون نافذا في حق أي متقاسم يختص - بمقتضى القسمة - بالجزء المفرز الذي ترتب عليه. ولذلك فإنه يتعين على المتقاسمين أن يُدخلوا وجود هذا الحق في اعتبارهم عند القسمة[1].

٥٠٨ - أما المادة/ ٨٣٩ فقضت بأنه: «إذا كانت حصة الشريك، قبل القسمة، مثقلة بحق عيني، ترتب على القسمة أن ينقل هذا الحق نصيب الشريك المفرز أو جزءا مما وقع في هذا النصيب يعادل قيمة الحصة التي كانت مثقلة بالحق، وتعيّن المحكمة هذا الجزء عند عدم اتفاق ذوي الشأن».

ومقتضى هذا النص أن الحق الذي رتّبه أحد الشركاء، كالرهن مثلا، على حصته الشائعة، ينتقل بعد القسمة إلى النصيب المفرز الذي اختص به بموجب القسمة ويتركز فيه، فيتلقى المتقاسمون الآخرون أنصبتهم المفرزة خالية من هذا الحق. فإن كان رتبه على حصته الشائعة في واحدة من الأعيان الشائعة المتعددة، ووقعت هذه العين في نصيب متقاسم آخر، فإن هذا الأخير يتلقى هذه العين خالية من هذا الحق، الذي ينتقل إلى العين التي آلت بمقتضى القسمة للشريك الذي رتّبه، لتثقلها في حدود ما يعادل الحصة الشائعة التي كانت مرهونة في الأصل، وقد سبق بيان ذلك[2].

ثانيا: ضمان التعرض والاستحقاق

تمهيـــد:

إلى جانب الإفراز يترتب على القسمة ضمان المتقاسمين بعضهم لبعض ماقد يقع لأي منهم - في نصيبه المفرز - من تعرّض أو استحقاق لسبب سابق عليها (م/ ٨٤٠)، وضمان المتقاسم ما يقع لغيره من المتقاسمين من تعرض أو استحقاق لسبب لاحق للقسمة يرجع إلى فعله (م/ ٨٤١).

ونعالج فيما يلي كلا الفرضين من الضمان على استقلال، اتباعا لخطة المشرع، على أن يلاحظ في البداية:

أولا: أنه إذا انفرد فريق من الشركاء باقتسام المال الشائع كله فيما بينهم، متجاهلين

(١) (٢) ولمزيد من الوضوح في فهم حماية المتقاسم من آثار تصرفات شركائه في أثناء فترة الشيوع، المقررة بالمادتين ٨٣٨، ٨٣٩، راجع أحكام التصرف في المال الشائع، في الفروض المختلفة لهذا التصرف، سابقا البنود من ٤٢٨ - ٤٤٧.

على هذا النحو نصيب شريك آخر (أو أكثر) فإن المسألة في هذه الحالة لا تكون مسألة ضمان يلتزم به المتقاسمون نحو الشريك الذي أغفل نصيبه، وإنما تكون القسمة حينئذ باطلة بطلانا مطلقا لأنها لم تتم بين جميع الشركاء.

ثانيا: أنه إذا تعرض أحد الأغيار للمتقاسمين مدّعيا ملكيته للمقسوم كله ونجح في إثبات ما يدعيه فحكم له باستحقاق المقسوم، فإنه بمقتضى القواعد العامة تعتبر القسمة باطلة أيضا ولا أثر لها لوقوعها على مال غير مملوك للمتقاسمين. ولذلك لم يعرض المشرع لهذا الفرض من فروض الاستحقاق مكتفيا في شأنه بحكم القواعد العامة.

أ ـ التعـــرض والاستحقـــاق

لسبب سابق على القسمـــة[1]

التزام المتقاسمين بالضمان، وحكمته:

٥٠٩ ـ نصت على حق كل متقاسم في الرجوع على بقية المتقاسمين بضمان التعرض والاستحقاق، المادة/ ٨٤٠ـ١ حين قضت بأنه: «يضمن كل متقاسم للآخر ما يقع في النصيب الذي اختصّ به من تعرض أو استحقاق لسبب سابق على القسمة»[2].

وواضح من هذا النص أن الاستحقاق الذي يقصده المشرع هو استحقاق ما وقع في نصيب الشريك مدّعي الضمان. فهنا لا نكون بصدد بطلان قسمة، إذ القسمة لا تبطل لمجرد أن المتقاسمين أدخلوا فيها ما ليس لهم، وإنما نكون بصدد التزام بالضمان تجاه من استحق نصيبه من المتقاسمين.

والتعرض هو مقدمة هذا الاستحقاق. والالتزام بدفعه عن الشريك الذي وقع له

(١) أنظر من تطبيقات القضاء، نقض مصري ٢٦/٤/١٩٦٢ (أنور طلبه ص/١٢٤).

(٢) والذي يؤخذ من هذا النص (ومن مقابله في القانون المصري وهو المادة/٨٤٤) أن التعرض والاستحقاق إنما يقعان من الغير لا من أحد المتقاسمين أنفسهم. وهذا ما عرض له هذا النص. أما إذا وقع التعرض من أحد المتقاسمين فإنه يجب تطبيق القواعد العامة.

هو محل الالتزام الأصلي للمتقاسمين[1]. فإن نجحوا في الوفاء به، لن يكون استحقاق، أما إن اخفقوا أو امتنعوا عن الوفاء به فقضي للمتعرض بما يدعيه[2] رجع الشريك عليهم بالضمان، وهذا هو ضمان الاستحقاق[3].

٥١٠ ـ ويتأسس هذا الضمان على فكرة المساواة التي يجب أن تتحقق بين المتقاسمين، إذ ليس من العدل إذا ما ظهر ـ بعد القسمة ـ أن بعض الأموال الشائعة لم تكن ملكا للشركاء[4]، أن يتحمل الشريك الذي وقعت مصادفة في نصيبه، نتيجة هذا الاعتقاد الخاطيء، بل يجب توزيع هذه النتيجة على جميع الشركاء[5].

وإذا كان وجوب تحقيق المساواة بين المتقاسمين قد حدا بالمشرع إلى تقرير جواز إبطال القسمة للغبن «نتيجة لغلط في تقدير قيمة الحصص كان يمكن للمتقاسم (المغبون) أن يتجنبه»[6] فتقرير حق الرجوع بالضمان إذا استحقّ نصيب المتقاسم يكون ـ لغرض تحقيق هذه المساواة ـ أكثر لزوما، لأن المتقاسم ما كان يمكنه تجنب هذا الاستحقاق[7][8].

شروط الرجوع بالضمان:

٥١١ ـ ويشترط لرجوع المتقاسم على المتقاسمين الآخرين بضمان ما وقع له من تعرض من جانب الغير في النصيب الذي اختص به بموجب القسمة، أو استحقاق الغير هذا النصيب.

١ ـ أن يكون التعرض قانونيا:

بمعنى أن يكون مستندا إلى حق يدعيه المتعرض، على ما وقع في نصيب المتقاسم:

---

(١) وبدهي فإن كل متقاسم ملتزم أصلا في مواجهة بقية المتقاسمين بعدم التعرض الشخصي لهم فيما آل إليهم بمقتضى القسمة من أنصبة، وإلا كان عليه ضمان تعرضه وهذا ما يقتضيه مبدأ حسن النية في تحديد مضمون العقد وتنفيذه (م/١٩٥، م/١٩٧).

(٢) بما يعني أن ضمان الاستحقاق هو ـ كما يقول البعض ـ «التزام جزائي لا ينشأ إلا إذا حصل إخلال بالالتزام الأصلي وهو ضمان التعرض». انظر محمد لبيب شنب بند/٣١٠.

(٣) ومن ثم انتزع هذا من المتقاسم كل أو بعض المال الذي كان اختص به في القسمة.

(٤) ومن ثم استحقت للغير (المتعرض).

(٥) في هذا المعنى، محمود جمال الدين زكي بند/١٠٥.

(٦) (٧) في هذا المعنى، محمود جمال الدين زكي بند/١٠٥.

(٨) أما إذا ظهر، بعد القسمة عيب خفي في نصيب أحد المتقاسمين، فيكفي لحماية من وقع في نصيبه هذا العيب قاعدة إبطال القسمة للغبن، لأن العيب ينقص قيمة نصيبه. ولذلك لم ير المشرع محلا لرجوع هذا المتقاسم على بقية المتقاسمين بضمان العيب.

ملكية كان هذا الحق، أو حقا عينيا آخر كانتفاع أو ارتفاق، أو حتى حقا شخصيا[1] كالإيجار[2]. أما مجرد التعرض المادي للمتقاسم، في حيازته للنصيب الذي اختص به، فلا يكون محلا لضمان المتقاسمين الآخرين[3]، وعلى المتقاسم الذي وقع له مثل هذا التعرض أن يلجأ للسلطة العامة لدفعه عنه.

٢ ـ أن يكون التعرض وقع فعلا:

فلا يكفي للرجوع بالضمان أن يعلم المتقاسم بوجود حق للغير يتعلق بالنصيب الذي اختص به قد يقع التعرض له، فيه، بسببه. وإن كان يجوز له ـ عندئذ ـ أن يمتنع عن الوفاء بما التزم به بموجب القسمة، كالمعدّل أو الثمن الذي رسا به المزاد، إلى أن يزول الخطر[4]، قياسا على حق المشتري في حبس الثمن حتى يزول خطر استحقاق المبيع

---

(١) نافذا ـ بالفرض ـ في مواجهة المتقاسم.

(٢) كأن يدعي المتعرض أنه مستأجر للعين التي وقعت في نصيب المتقاسم، من مورث المتقاسمين.

(٣) على أن يلاحظ أن التعرض المادي الصادر من متقاسم لأي متقاسم آخر، يكون محلا للضمان طبقا للقواعد العامة. فإذا كان في الأموال الشائعة متجر، على سبيل المثال، وقع مفرزا في نصيب أحد المتقاسمين، لم يجز لمتقاسم آخر أن يتعرض تعرضا ماديا للمتقاسم الذي وقع في نصيبه المتجر، فيقيم متجرا آخر ينافسه ويعمل على جذب عملاء المتجر الأول، وإلا وجب عليه الضمان. وهذا هو ما يقتضيه مبدأ حسن النية في تحديد مضمون العقد وتنفيذه (المادتان: ١٩٥، ١٩٧). أنظر في هذا المعنى: السنهوري بند/٥٨٨.

أما مدى التزام المتقاسم بعدم التعرض لمتقاسم آخر تعرضا قانونيا، أي مبنيا على ادعاء حق من الحقوق على ما وقع في نصيب هذا الأخير (كأن يدعي المتعرض أن العين التي وقعت في نصيب المتقاسم الآخر هي ملك خاص له ولم تكن تدخل في الشيوع وبالتالي ما كان يجب أن تشملها القسمة) فمحل خلاف:

فالبعض يرى أن المتقاسم لا يلتزم بالامتناع عن المطالبة بما قد يكون له من حقوق خاصة على الأشياء المقسومة ومن ثم يجوز ـ في المثال السابق ـ للمتقاسم مالك العين أن يرفع دعوى استحقاقها على المتقاسم الآخر الذي وقعت في نصيبه، ولا تعترضه حالئذ قاعدة أن من وجب عليه الضمان امتنع عليه التعرض لأنه لم يكن ملزما في هذا الحالة بضمان أصلا. فهو لم ينقل ـ بالقسمة ـ للمتقاسم ـ الآخر ما كان له من حق على هذه العين حتى يقال بأنه ضامن لهذا الانتقال. إنما يكون للمتقاسم الذي استحقت منه العين: إما أن يطلب إبطال القسمة للغبن إذا توافرت شروطه أو أن يرجع بضمان استحقاق هذه العين على المتقاسمين. من هذا الرأي: السنهوري بند/٥٨٨؛ اسماعيل غانم بند/١٣٥.

أما البعض الآخر فيرى أن المتقاسم، كالبائع، يلتزم بعدم التعرض القانوني لأي من المتقاسمين. فلا يجوز له أن يطالب غيره بحق على شيء، مما وقع في نصيب هذا الأخير، لأن هذه المطالبة تتعارض مع القسمة. ويكون للمتقاسم الذي يريد استرداد ملكه أن يطلب إبطال القسمة للغلط إذا توافرت شروطه، فإن قضي بذلك استرد ملكه وتعين إجراء قسمة جديدة. من هذا الرأي: منصور مصطفى منصور ص/٢٣٠، والفقه الفرنسي المشار إليه في السنهوري ص/٩٧٤ هامش/١.

(٤) في هذا المعنى أيضا: محمود جمال الدين زكي بند/١٠٥.

المقرر بالمادة/ ٥٠٠-٢ مدني.

٣ - ألّا يكون الاستحقاق راجعاً إلى خطأ المتقاسم:

وعلى هذا الشرط - رغم بداهته - صريح المادة/٨٤٢ التي تقضي بأنه: «لا يكون للضمان محل إذا. . . كان الاستحقاق راجعا إلى خطأ المتقاسم نفسه». ومن أمثلة ذلك، أن يقر المتقاسم لمدعي الاستحقاق بحقه ثم يتبين بعد ذلك عدم وجود حق له. أو لا يدخل بقيّة المتقاسمين في دعوى الاستحقاق مفضّلا المضّي فيها وحده ولكنه يهمل الدفاع فيها فيقضى للمدعي بطلبه ثم يثبت بقية المتقاسمين عدم صحة الدعوى.

٤ - ألّا تتضمن القسمة اتفاقا صريحا على الإعفاء من الضمان:

فلا يكون - طبقا لنص المادة/٨٤٢ - للضمان محل «إذا وجد اتفاق صريح على الإعفاء منه في الحالة الخاصة التي نشأ عنها». ويبين من هذا النص أن جواز الاستبعاد الاتفاقي للضمان مشروط بشرطين: أن يكون الاتفاق صريحا فلا يكفي أن يكون ضمنيا[1] وأن يكون خاصا بسبب معين من أسباب الاستحقاق مذكور في هذا الاتفاق ويقتصر الإعفاء عليه[2]، فلا يكفي شرط الإعفاء العام من الضمان. وقد استهدف المشرع بهذه القيود التي لم يفرضها على الإعفاء من الضمان في البيع، كفالة المساواة بين المتقاسمين بقدر الإمكان، من حيث أن القسمة - على النقيض من البيع - ليست عقد مضاربة.

آثـار الضمـان:

٥١٢ - فإذا لم ينجح المتقاسمون في دفع التعرض، فاستُحقّ نصيب المتقاسم كله أو بعضه، كان لهذا الأخير، طبقا للمادة/ ٨٤٠-٢ «أن يطلب فسخ القسمة وإجراء قسمة جديدة إذا كان ذلك ممكنا دون ضرر لباقي المتقاسمين أو للغير، فإن لم يطلب الفسخ أو تعذر إجراء قسمة جديدة كان لمستحق الضمان الرجوع على المتقاسمين

---

(١) من باب أولى لا يكفي لإسقاط الضمان ان يكون المتقاسم على علم بالسبب الذي قد يؤدي إلى الاستحقاق. أنظر في هذا المعنى: الصده بند/١٥٤.

(٢) في هذا المعنى: محمود جمال الدين زكي بند/١٠٦ وأنظر من تطبيقات القضاء المصري للنص المقابل والذي يجري على نفس القيود (م/٨٤٤-٢): نقض ١/٤/١٩٧٥ (طلبة ص/١٢٤)، وإن كانت المحكمة قد استدركت على إسقاط الضمان بالاتفاق، حالة ما لو ترتب «على سقوط الضمان غبن للشريك» وهو استدراك غير مفهوم في الحقيقة.

الآخرين بمقدار ما نقص من نصيبه على أساس قيمة الأموال المقسومة جميعا وقت الاستحقاق. ويكون كل متقاسم ملزما بنسبة حصته، فإذا كان أحدهم معسرا وزّع القدر الذي يلزمه على مستحق الضمان وجميع المتقاسمين غير المعسرين».

ويبين من هذا النص كيف حرص المشرع على تفادي كل ما يترتب على الاستحقاق من إخلال بالمساواة بين المتقاسمين:

فقد أعطى أوّلا لمن استحق نصيبه، الحق في طلب الفسخ وإجراء قسمة جديدة طالما كان ذلك ممكنا دون ضرر لباقي المتقاسمين أو للغير[1].

أما إن لم يكن ممكنا، كما لو كان المتقاسمون، كلهم أو بعضهم، قد أجروا، في ما اختصّوا به من أنصبة، تعديلات أو تحسينات، أو كان مستحق الضمان لم يطلب الفسخ، فجعل له الحق في التعويض. وهنا أيضا قرر ـ حرصا منه على الحيلولة دون الإخلال بما تهدف إليه القسمة من تحقيق المساواة بين المتقاسمين ـ أن يكون التعويض، لا على أساس قيمة الأموال المقسومة جميعا وقت القسمة (كما تقضي بذلك معظم القوانين العربية ومنها القانون المصري) وإنما بقيمة هذه الأموال وقت الاستحقاق[2].

ويوزع هذا التعويض، محسوبا على هذا النحو، على جميع المتقاسمين كلّ بنسبة

---

(١) ولم يقرر المشرع المصري (في النص المقابل وهو نص المادة/٨٤٤ـ١ هذا الخيار لمستحق الضمان، وإنما حصر حقه في الرجوع بالتعويض.

(٢) وهكذا سوّى المشرع في الحكم بين ضمان الاستحقاق في القسمة وضمان الاستحقاق في البيع. وقيل في تبرير ذلك، أن التفرقة بينهما في الحكم لا تقوم، في القوانين التي تقول بها، على مبرر كاف. فهي تستند، في هذه القوانين، على أساس من أن المشتري إذ يتعين أن يحصل بمقتضى الضمان على قيمة الشيء الذي استحق منه مقدرة وقت الاستحقاق (سواء زادت أو نقصت عنها مقدرة وقت البيع) فلأن البيع عقد مضاربة يتعرض فيه المشتري لاحتمال الربح والخسارة، فيما أن القسمة ليست عقد مضاربة وإنما تراعي فيها المساواة بين المتقاسمين، ولذلك تكون العبرة عند تقدير ما يرجع به مستحق الضمان بقيمة الشيء وقت القسمة لا وقت الاستحقاق. بيد أن «كون القسمة ليست عقد مضاربة وإنما تراعي فيها المساواة بين المتقاسمين لا يستتبع أن تكون العبرة، عند النظر في التعويض عن الاستحقاق، بقيمة ما نقص من نصيب مستحق الضمان وقت القسمة. ذلك أن المساواة التي ينبغي أن تحققها القسمة هي المساواة وقت القسمة، أما بعد تمام القسمة فقد تتغير قيم الاشياء التي اختص بها المتقاسمون كلها أو بعضها دون البعض، وليس من العدل أن تتغير قيم الأشياء المقسومة بعد القسمة ثم يبقى لكل متقاسم نصيبه بقيمته الحالية التي يحتمل أن تكون قد زادت أو نقصت ثم نعوض مستحق الضمان بالقيمة وقت القسمة. فإذا افترضنا أن الأسعار قد ارتفعت بوجه عام فيضار المتقاسم الذي استحق نصيبه، إذ يعوض على أساس قيمة الشيء قبل ارتفاع الأسعار ويحتفظ الآخرون بأنصبائهم بقيمتها المرتفعة، والعكس هو صحيح إذا انخفضت الأسعار بوجه عام». أنظر المذكرة الإيضاحية تعليقا على المواد ٨٤٠، ٨٤١.

حصته. ويتحمل المتقاسم الذي تعرض للاستحقاق، بنسبة حصته، نصيبه في هذا التعويض، وهو ما يعني - كما تصوّر المذكرة الإيضاحية - «القيام بما يشبه ما يحدث لو كنا بصدد إجراء قسمة جديدة، فتقوّم الأموال المقسومة جميعا، بعد استبعاد ما استحق، ويحدّد على ضوء ذلك قيمة ما يخص الشريك الذي استحق نصيبه، ويعوّض بهذه القيمة إن كان نصيبه كله قد استحق أو بما يكمل ما بقي معه بعد الاستحقاق إن كان بعض نصيبه هو الذي استحق»[1].

فإن كان أحد المتقاسمين معسرا، وزّع القدر (من التعويض) الذي يلزمه، على مستحق الضمان وجميع المتقاسمين غير المعسرين.

ب - التعرض والاستحقاق لسبب لاحق على القسمة

الضمان (الملتزم به، وحكمته، وأحكامه):

٥١٣ - كذلك تقرّر المادة/٨٤١ للمتقاسم الذي وقع له، في النصيب الذي اختص به، تعرض أو استحقاق لسبب لاحق على القسمة، أن يرجع بضمانه على المتقاسم الذي يرجع إلى فعله منشأ سبب هذا الاستحقاق[2].

ويتأسس الحق في الضمان على القواعد العامة، فالفرض في الحالة التي نحن بصددها، أن الاستحقاق الذي تعرض له المتقاسم يرجع بسببه إلى فعل أحد المتقاسمين، فيتعين أن يتحمل هذا الأخير تبعته، وأن ينحصر تحملها فيه.

وحكم المادة/٨٤١ مستحدث لا نظير له في التشريعات العربية المقارنة ومنها القانون المصري. وربما كان السبب في عدم نص هذه التشريعات على مثل هذا الحكم تصوّر واضعيها أن حالة الاستحقاق لسبب لاحق للقسمة غير ممكنة، والواقع أنها ممكنة. فإذا فرضنا أن أحد المتقاسمين، بعد القسمة التي لم تسجّل، قد باع إلى الغير حصة شائعة في عقار اختص به غيره من المتقاسمين تساوي ما كان للبائع في هذا العقار قبل القسمة، ثم سجل المشتري عقد البيع، فتنتقل إليه ملكية تلك الحصة الشائعة. فإذا ما طالب بحقه فيعتبر هذا تعرضا للمتقاسم الذي اختص بالعقار في القسمة.

---

(١) أنظر المذكرة الايضاحية تعليقا على المادة/٨٤٠.

(٢) فهي تقضي بأنه: «يضمن المتقاسم ما يقع لغيره من المتقاسمين من تعرض أو استحقاق لسبب لاحق للقسمة يرجع إلى فعله، ويلتزم بتعويض مستحق الضمان عما نقص من نصيبه مقدرا وقت الاستحقاق، ويقع باطلا كل اتفاق على خلاف ذلك».

فإذا تحقق الضمان محل البحث، رجع مستحقه بالتعويض عما نقص من نصيبه. وهو يرجع به على المتقاسم الذي يرجع إلى فعله منشأ سبب الاستحقاق دون غيره من المتقاسمين.

ولما كنا في هذا الفرض بصدد ضمان عدم التعرض الشخصي، فكل اتفاق على الإعفاء من هذا الضمان، أو على الحد منه، يقع باطلا.

المبحث الثاني
الشيوع الإجباري
L'indivision forcée

المطلب الأول
في الشيوع الإجباري بوجه عام[1]

في التعريف بالشيوع الإجباري، وطبيعته القانونية:

٥١٤ - يقصد بالشيوع الإجباري، ذلك الشيوع الذي لا يجوز فيه لأي شريك أن يطلب القسمة.

ويستفاد هذا النوع من الشيوع، أصلا، كلّما «تبين من الغرض الذي أعدّ له المال الشائع أنه يجب أن يبقى شائعا (م/٨٤٧)»[2]، كما هو الحال - مثلا - في مدافن الأسرة وصورها ووثائقها، وفي الطرق والآبار والمساقي والمصارف المخصصة لخدمة عقارات مملوكة ملكية مفرزة لعدة ملاك. وتعبيرا عن هذا المعنى قضت المادة/٨٤٧ بأنه: «إذا تبين من الغرض الذي أعدّ له المال الشائع أنه يجب أن يبقى شائعا فليس للشريك أن يطلب قسمته...»

وقد ينص القانون نفسه على عدم جواز قسمة مال معين بين عدة مالكين له، فينشىء بذلك شيوعا إجباريا بينهم في خصوص هذا المال. ومن أبرز أمثلة هذه الأموال الأجزاء المشتركة في ملكية الطبقات والشقق (م/٨٥٢)[3].

---

(١) راجع: شاباس البنود من ١٣١٦ - ١٣١٨ الصفحات من ٤٢ - ٤٤.

(٢) وهذه مسألة موضوعية يقدرها قاضي الموضوع، في هذا المعنى: الصده ص/٢٥٣ والفقه الفرنسي المشار إليه فيه هامش/٢.

(٣) ومن المتصور أن يكون مصدر الشيوع الإجباري هو التصرف القانوني (كأن يوصي شخص لأخوين بمال معين مشترطا عليهم عدم قسمته بينهم طيلة مدة معينة)، وإن كان لا يجوز، في هذه الحالة، الإجبار على البقاء في هذا الشيوع إلى أجل يجاوز خمس سنين (م/ ٨٣٠-١)، وقد سبق بيان ذلك.

٥١٥ ـ ويمكن تصنيف الشيوع الإجباري في طائفتين: شيوع إجباري أصلي، وهو ما يتحقق بالنسبة للأشياء التي تخصص مستقلة لخدمة أو استعمال الشركاء على وجه الدوام، مثل مدافن الأسرة وصورها ووثائقها. وشيوع إجباري تبعي، وهو ما يتحقق بالنسبة للأشياء الشائعة التي تخصص لخدمة عقارات، أو أجزاء من عقار واحد، مملوكة للشركاء ملكيات مفرزة، كالأجزاء المشتركة في ملكية الطبقات والشقق، وكالطرق والآبار والمساقي التي تخصص لخدمة عقارات يملكها الشركاء ملكيات مفرزة.

وينعكس هذا التصنيف على سلطة الشريك في التصرف في حصته في الشيوع الإجباري. فإذا كانت هذه السلطة لابد ستتأثر، على نحو ما، بالغرض الذي أعدّ له المال الشائع، فإن هذا التأثر لن يكون واحدا في الطائفتين.

ففي الشيوع الإجباري الأصلي، لا يجوز للشريك أن يتصرف في حصته لأجنبي عن الشركاء إلا بموافقتهم جميعا. أما في الشيوع الإجباري التبعي، فسلطة الشريك في التصرف في حصته الشائعة تتقيد فقط بوجوب أن يكون هذا التصرف مع التصرف في العقار الذي تعتبر هذه الحصة من توابعه وليس بشكل مستقل. فإذا توافر هذا الشرط فلا يلزم موافقة الشركاء على هذا التصرف، لا جميعهم ولا حتى أغلبية منهم.

٥١٦ ـ وعلى عكس ما قد يبدو للوهلة الأولى، لا ينشيء الشيوع الإجباري لمالكي العقارات المفرزة التي خصّص المال الشائع لخدمتها، حق ارتفاق على هذا المال[١]، رغم كونه مخصصا بالفرض لخدمة هذه العقارات ومرتبطا بها إلى الحد الذي لا يجوز لأي شريك أن يتصرف في حصته الشائعة فيه إلا مع التصرف في العقار المخصص لخدمته، على ما ذكرناه؛ لأن قوام الارتفاق «استعمال عقار مملوك للغير، حين أن الشريك، في الشيوع الإجباري، مالك لحصة شائعة ويستعمل الأجزاء الشائعة بوصفه مالكا، ولكل شريك فيه حق مساو لحقوق الآخرين، فلا يوجد عقار مرتفق وعقار مرتفق به»[٢]. ولذلك لا تنطبق على الشيوع الإجباري الأحكام الخاصة بحقوق الارتفاق[٣].

---

(١) أنظر: مع ذلك ـ في التقريب بين الشيوع الاجباري وحق الارتفاق:
Rouen 19/3/1958 G.P 1958-2-170
ومن الفقه، أنظر الفقه المشار إليه في محمود جمال الدين زكي بند/١٠٨ هامش/٩.

(٢) محمود جمال الدين زكي بند/١٠٨، وفي نفس المعنى: السنهوري بند/٥٩٧، اسماعيل غانم بند/١٤٤، محمد علي عرفه بند/٣٤٥، الصده بند/١٦٣، ومن الفقه الفرنسي: شاباس بند/١٣١٦، ص/٤٣.

(٣) أنظر في هذا المعنى، وفي النتائج المترتبة على عدم اعتبار الشيوع الإجباري حق ارتفاق: السنهوري بند/٥٩٧، محمود جمال الدين زكي بند/١٠٨.

حدود حق الشريك في الشيوع الإجباري:

٥١٧ - ليس للشريك في الشيوع الإجباري، كما ذكرنا، أن يطلب قسمته. وسلطته في التصرف في حصته فيه مقيدة: فهو لا يستطيع أن يتصرف فيها تصرفا يتعارض مع الغرض الذي أعد له الشيء الشائع[١]، أو بالاستقلال عن العقار الذي أعد الشيء الشائع لخدمته، فتظهر، من هذا (أي سلطته في التصرف) أضيق نطاقا من سلطته في التصرف في حصته الشائعة في الشيوع العادي[٢].

٥١٨ - أما فيما يتعلق بسلطة الاستعمال والإدارة فعلى النقيض، تكون للشريك في هذا النوع من الشيوع سلطة أكثر اتساعا منها في الشيوع العادي[٣]. ففيما عدا تقيّده بألا يستعمل الشيء الشائع إلا للعقار الذي خصص لخدمته، وألا يغيّر من تخصيص هذا الشيء[٤] أو يمس حقوق شركائه فيه المساوية لحقه[٥]، يتمتع بسلطات مادية واسعة في استعماله والإفادة منه. بل تكون له سلطة استعماله وإدارته «كما لو كان مالكا له وحده»[٦]. فيكون له، مثلا، أن يجري فيه - رغم اعتراضات شركائه - تعديلات أو تغييرات لمصلحته الشخصية على أن يتحمل نفقات ما يحدثه[٧][٨]: كأن يمد كابلات كهربائية تحت الفناء الشائع وصولا إلى شقته. أو - من باب أولى - يجرى هذه التعديلات أو التغييرات لفائدة الشيء الشائع نفسه ويرجع على شركائه، وفقا لرأى في الفقه، بنصيبهم في نفقاته[٩][١٠]، كرصف الطريق الشائع.

---

(١) ففي شيوع إجباري أصلي كمدافن الأسرة، لا يستطيع، مثلا أحد أفراد الأسرة المشتاعين أن يبيع حصته في المدفن أو يهبها لأجنبي عن الأسرة.

(٢) في هذا المعنى: شاباس بند/١٣١٦.

(٣) في هذا المعنى: شاباس بند/١٣١٧، وأنظر من تطبيقات القضاء لهذه السلطة الموسعة: Civ. 12/3/1969 D 1969-587

(٤) كأن يحوّل الحديقة إلى جراج.

(٥) كأن يكدس في مدخل العمارة السكنية بضائع فيعوق استعمال شركائه له.

(٦) محمود جمال الدين زكي بند/١٠٩، وفي نفس المعنى: الصده بند/١٦٤.

(٧) في هذا المعنى: شاباس بند/١٣١٧.

(٨) مع ملاحظة أنه في خصوص الأجزاء المشتركة في ملكية الطبقات والشقق، هناك ضوابط على هذه السلطة نصت عليها المادة/٨٥٦ كما سنرى فيما بعد. أنظر لاحقا بند/٥٣٩، ٥٤٠.

(٩) من هذا الرأي: شاباس بند/١٣١٧، ص/٤٣.

(١٠) مع ملاحظة الأحكام الخاصة بالأجزاء المشتركة في ملكية الطبقات والشقق كما سيجيء.

التنظيم التشريعي للشيوع الإجباري:

٥١٩ - وفي بعض القوانين المقارنة، كالقانون المصري، ينظم المشرع غير واحد من تطبيقات الشيوع الإجباري[(١)(٢)]. أما في القانون الكويتي فقد اقتصر المشرع على تنظيم ملكية الطبقات والشقق حيث يوجد فيها أهم صورة من صور الشيوع الإجباري وهي ملكية الأجزاء المشتركة.

ونعرض فيما يلي لهذا التطبيق.

---

(١) كالحائط المشترك (ويلحق به الحائط الفاصل)، وملكية الأسرة، والأجزاء المشتركة في ملكية الطبقات والشقق.

(٢) أنظر في هذه التطبيقات، في القانون الفرنسي: شاباس البنود من ١٣١٩ - ١٣٣١.

المطلب الثاني

ملكية الطبقات والشقق[1]

تمهيد

المقصود بملكية الطبقات والشقق:

٥٢٠ ـ لم يعرف فقهاء الشريعة الإسلامية نظام ملكية الشقق الذي فرضه منطق التطور العمراني الحديث، وإنما عرفوا نظام ملكية الطبقات، وكانوا يسمونه نظام السفل والعلو، أو حق التعلّي، حيث يمتلك شخص سفل البناء[2] والأرض المقام عليها، ويمتلك آخر علوه، كل منهما يملك ملكية مفرزة، ولا توجد أجزاء شائعة لا في الأرض ولا في البناء. ويكون لمالك العلو حق القرار أو حق التعلي على السفل، وهو ما يستتبع التزام صاحب السفل بالتزامات معينة تهدف إلى تمكين صاحب العلو من الإفادة من ملكه، والتزام صاحب العلو بالتزامات أخرى تهدف إلى عدم الإضرار بالسفل.

أما ملكية الشقق[3]، فيقصد بها انقسام البناء إلى عدة أجزاء (جرى العمل ـ عندما تكون مخصصة للسكنى ـ على تسميتها بالشقق)، لكل منها مالك يستقل بها، حين تكون الأرض المقام عليها البناء، وهيكله، وأجزاؤه المعدة للاستعمال المشترك، ملكية شائعة لجميع الملاك شيوعا إجباريا.

٥٢١ ـ وحيث يندر في الوقت الحاضر أن تكون البناء المجزأة ملكيته، من طابقين فقط (وهي الصورة المبسطة التي أوحت بنظام ملكية السفل والعلو في الفقه الإسلامي)، وإنما الذي يغلب ـ عندما يفكر الأفراد في تجزئة ملكية البناء الواحد، أن يتجهوا إلى الأبنية الكبيرة ذات الوحدات المتعددة حتى يمكن الحصول على المسكن

---

(١) راجع في هذا الموضوع، في القانون الفرنسي: شاباس البنود من ١٣٢٤-١٣٣١.

(٢) والمقصود بالبناء في هذا النظام البناء المكون من طابقين.

(٣) راجع، في الطبيعة القانونية لملكية الشقق، محمود جمال الدين زكي بند/١١٧ والفقه العديد المشار إليه في هوامشه.

الملائم بنفقات معتدلة، فقد آثر المشرع أن ينظم ملكية أجزاء البناء تنظيما موحدا يقوم على أساس أن هناك عدة أشخاص يتملكون بناء، كل منهم يملك فيه جزءا محددا ملكية مفرزة (أي ملكية يستقل بها)، يستوى أن يكون هذا الجزء هو طبقة بأكملها في البناء، أو جزءا من طبقة، غالبا ما يكون شقة[1]. وبالتبعية لملكية الطبقة أو الشقة يمتلك مالكها حصة شائعة في أجزاء أخرى من البناء هي الأجزاء المشتركة التي تكون شيوعا إجباريا لا يقبل القسمة. فنصت المادة/٨٤٨-١ على أنه:

«تسري نصوص المواد التالية على كل بناء أو مجموعة أبنية[2]، لعدة أشخاص، كل منهم يملك جزءا مفرزا وحصة شائعة في الأجزاء المشتركة».

وهكذا أصبح التنظيم الوارد في المادة/٨٤٨ وما بعدها[3] هو الواجب التطبيق أصلا على ملكيات أجزاء المباني. وأصبحت ملكية الطبقات في صورة السفل والعلو، نظاما استثنائيا يجب لتطبيقه الاتفاق عليه في سند الملكية[4]، وفي هذه الحالة تطبق أحكام الارتفاق.

٥٢٢ ـ ونظرا إلى أنه قد يغفل ذوو الشأن الاتفاق على تملّك من يملك جزءا مفرزا حصة شائعة في الأجزاء المشتركة، وضع المشرع في الفقرة الثانية من المادة/٨٤٨ قرينة بسيطة، فنص على أن «من يملك جزءا مفرزا يعتبر مالكا حصة شائعة في الأجزاء المشتركة مالم يثبت خلافه»[5].

أهمية هذه الصورة من صور الملكية:

٥٢٣ ـ وقد اكتسب نظام ملكية الطبقات والشقق أهمية كبيرة في الوقت الحاضر، إذ أخذ هذا النوع من ملكية المباني في الانتشار السريع في كثير من الدول لما يحققه من مزايا. فهو «يوفّق بين اعتبارين أبرزت ظروف العصر تعارضهما: الاعتبار الأول هو ميل

---

(١) وقد يكون شيئا آخر، كدكان مثلا.

(٢) وقد روعي في النص على بناء أو «مجموعة أبنية» أنه قد يحدث أن تقام على أرض واحدة عدة أبنية منفصلة بمرافق مشتركة وإدارة مشتركة بحيث يكون مجموعها وحدة متكاملة، ولم يكن الفصل بين كل بناء وغيره إلا لاعتبارات تتعلق بفن البناء نفسه. أنظر المذكرة الإيضاحية تعليقا على المادة/٨٤٨.

(٣) وقد حل هذا التنظيم محل أول تنظيم لملكية الطبقات والشقق، وهو التنظيم الذي كان وضعه القانون رقم ٢٩ لسنة ١٩٧٦.

(٤) في هذا المعنى: محمود جمال الدين زكي بند/١١٥.

(٥) أنظر (في الاستدراك الأخير) لاحقا بند/٥٢٦.

الإنسان إلى التملك وبخاصة بالنسبة لمسكنه حتى يشعر بشيء من الاستقرار ويهيء مسكنه على النحو الذي يرضيه، والاعتبار الثاني هو عدم قدرة كثير من الأشخاص، وبخاصة من أبناء الطبقة المتوسطة، على تملك منزل خاص يستقل المالك بملكيته وحده، أو عدم قدرته على تملك منزل مستقل تتوفر فيه المزايا التي تتوفر في شقة في بناء كبير»[1].

تحديد الأجزاء المشتركة (أو الشائعة):

٥٢٤ ـ لما كان كل مالك، في نظام ملكية الطبقات والشقق يملك إلى جانب جزئه المفرز (طبقة أو شقة) حصة شائعة في الأجزاء المشتركة، تعيّن تحديد المقصود بهذه الأجزاء.

والأصل أن يرجع في هذا التحديد، للسند المنشيء لملكية الطبقة أو الشقة. فإذا لم يتضمن السند هذا التحديد، تعين الرجوع في ذلك إلى المادتين ٨٤٩، ٨٥٠. وقد تكفّلت الأولى بتحديد الأجزاء المشتركة بين جميع الملاك والتي تكون ـ من ثم ـ مملوكة ملكية مشتركة لهم جميعهم (وهذا هو الأصل في ملكية الأجزاء المشتركة)، فيما تكفّلت الثانية بتحديد الأجزاء التي تكون مشتركة بين بعض المالكين فتقتصر ـ من ثم ملكيتها المشتركة عليهم وحدهم.

٥٢٥ ـ فبمقتضى المادة/٨٤٩، تشمل الأجزاء المشتركة، أصلا «الأرض، وهيكل البناء، وأجزاءه وملحقاته غير المعدة للاستعمال الخاص بأحد الملاك. وتشمل بوجه خاص[2]:

أ ـ الأرض المقام عليها البناء، والأفنية، والممرات الخارجية، والحدائق، ومواقف السيارات.

ب ـ أساسات البناء، والأسقف، والأعمدة المعدة لحملها، والجدران الرئيسية.

جـ ـ المداخل، والممرات الداخلية، والسلالم، والمصاعد.

د ـ الأماكن المخصصة للحراس وغيرهم من العاملين في خدمة البناء.

---

(١) أنظر المذكرة الايضاحية تعليقا على المادة/٨٤٨.

(٢) ومعنى ذلك، على سبيل المثال.

هـ ـ الأماكن المخصصة للخدمات المشتركة.[1].

و ـ كل أنواع الأنابيب والأجهزة إلا ما كان منها داخل أحد الأجزاء المفرزة وتقتصر منفعته على مالك هذا الجزء»[2][3].

٥٢٦ ـ وهذا التحديد للأجزاء المشتركة (بين الملاك جميعا) هو الأصل. ويمكن أن يتفق على خلافه، كما لو بنى شخص البناء وبدأ في تمليكه طبقات أو شقق واحتفظ لنفسه بملكية الأرض كلها أو بملكية الحديقة ليتمكن من أن يبنى فيها بناءً آخر. ولهذا استدركت الفقرة/٢ من نص المادة/٨٤٩ على ما عدّدته من الأجزاء المشتركة قائلة: «كل ما سبق ما لم يرد في سندات الملك ما يخالفه».

٥٢٧ ـ وتجدر الإشارة في هذا الموضع إلى أنه لا عبرة ـ في تحديد الأجزاء المشتركة ـ لما إذا كان بعض المالكين ينتفع أو لا ينتفع بالجزء المشترك. فما دام أن هذا الجزء لازم بطبيعته لانتفاع كل مالك بما يملكه مفرزاً فإنه يعد من قبيل الأجزاء المشتركة المملوكة، من ثم، للجميع، ولو لم ينتفع به، من الناحية العملية، بعضهم. وعلى ذلك فمواقف السيارات مثلا تعتبر من الأجزاء المشتركة حتى بالنسبة للمالك الذي لا يملك سيارة، كما يعتبر المصعد من الأجزاء المشتركة حتى بالنسبة لمالك الدور الأرضي الذي قد لا يستعمله. فليست العبرة بالانتفاع الفعلي، وإنما بإمكانية الانتفاع.

٥٢٨ ـ إنما قد توجد أجزاء مشتركة، لا تكون بطبيعتها لازمة لانتفاع الجميع بما يملكونه مفرزا، وإنما تقتصر منفعتها ـ بطبيعتها ـ على بعض الملاك دون البعض الآخر، فتقتصر ـ من ثم ـ ملكيتها المشتركة عليهم وحدهم. لذلك نصت المادة/٨٥٠ على أن «الأجزاء المشتركة التي تقتصر منفعتها على بعض الملاك فقط تكون ملكا مشتركا لهؤلاء الملاك». واعتبرت من قبيل هذا النوع، على الأخص «الحواجز الفاصلة بين جزئين من أجزاء الطبقة» وجعلت هذه الحواجز «ملكا مشتركا لمالكي هذين الجزئين».

---

(١) مثل الأماكن المخصصة لوضع الأجهزة العامة للتكييف المركزي، أو المفاتيح العامة للكهرباء، وحجرات غسل الملابس، المشتركة... الخ.

(٢) ومرجع حرص المشرع على أن يقيد ما يستبعد من الأنابيب والأجهزة التي تكون داخل الأجزاء المفرزة، من نطاق الأجزاء المشتركة، بأنه تلك الأنابيب والأجهزة التي تكون منفعتها مقصورة على ملاك الأجزاء المفرزة الموجودة فيها، أن الاعتبارات الفنية قد تقتضي في بعض الأحيان أن تمد بعض الأنابيب المشتركة داخل شقة أحد الملاك ولا يحول ذلك دون كونها مشتركة.

(٣) وهذا التعداد وارد على سبيل المثال لا الحصر. وهو ما يستفاد مما تقوله المادة/٨٤٩ من أن هذه الأشياء، على الأخص، تشملها الأجزاء المشتركة.

تحديد حصة كل شريك في الأجزاء المشتركة:

٥٢٩ - تنص المادة/ ٨٥١ في هذا الشأن على أن: «تكون حصة كل مالك في الأجزاء المشتركة بنسبة قيمة الجزء الذي يملكه مفرزا».

لكن، على أي أساس يبنى تقدير قيمة كل جزء من الأجزاء المفرزة؟ إن شقة ما، في مبنى، قد تتميز عن غيرها من شقق ذات المبنى بسبب ما يوجد بداخلها من أشياء مرتفعة القيمة، كأعمال الديكور، أو الأدوات الصحية... الخ، فهل يعتد في تقدير قيمة الجزء المفرز بكل ما يمكن أن يؤثر في هذه القيمة أم يجب أن نقف عند بعض الاعتبارات دون البعض الآخر؟. ومن جهة أخرى، ما هو الوقت الذي يعتد به في هذا التقدير؟. إنه قد يحدث بعد إنشاء المبنى أن تتغير الظروف المحيطة به فتتغير قيمة بعض الأجزاء زيادة أو نقصا، كأن يفتح، أو يوسّع، شارع في جانب من البناء، أو تلغى حديقة كان يطل عليها جانب منه.

لم يشأ المشرع أن يترك هذه المسائل للاجتهاد، حسما لما أثارته من جدل في القوانين المقارنة التي اكتفت بتقرير مبدأ تحديد حصة كل شريك في الأجزاء المشتركة بنسبة قيمة الجزء الذي يملكه مفرزا، كما فعل المشرع المصري، فأضافت المادة/ ٨٥١ سالفة الذكر قائلة: «وتقدر قيمة هذا الجزء على أساس مساحته وموقعه وقت إنشاء البناء». وبهذين القيدين: تحديد القيمة على أساس المساحة والموقع دون ما اعتداد بأي عنصر آخر، وكون العبرة في التحديد بوقت إنشاء البناء[1]، «تستقر نسبة ما يملكه كل شريك في الأجزاء المشتركة، فلا يعاد النظر فيها كلّما حدث تغيير في الظروف المحيطة بالمبنى أو فيما يوجد داخل الشقة»[2].

الأحكام الخاصة بملكية الأجزاء المشتركة:

٥٣٠ - وتحكم ملكية الشركاء للأجزاء المشتركة أحكام خاصة، تترتب على الوضع الخاص لهذه الأجزاء باعتبارها شائعة شيوعا إجباريا، وعلى التلازم الوثيق بين ملكية

---

(١) ويأخذ بهذا الحل، أيضا، الرأي الراجح في الفقه المصري، رغم عدم وجود نص مماثل. أنظر مثلا: السنهوري بند/ ٦٢٥: اسماعيل غانم بند/١٢٣، منصور مصطفى منصور بند/١٠٢، وضمنا: محمد لبيب شنب بند/ ٣٢٠، وعكس ذلك: محمد على عرفه بند/٣٥٧.

(٢) أنظر المذكرة الايضاحية تعليقا على المادة/ ٨٥١.

الشركاء لهذه الأجزاء وملكيتهم للأجزاء المفرزة.

وقد أجملت هذه الأحكام المادة/٨٥٢ حين قضت بأن: «الأجزاء المشتركة لا تقبل القسمة، ولا يجوز للمالك أن يتصرف في حصة منها مستقلة عن الجزء الذي يملكه مفرزا، والتصرف في الجزء المفرز يشمل حصة المتصرف في الأجزاء الشائعة»[1][2].

وهذا النص من الوضوح بحيث لا يحتاج إلى مزيد من بيان.

تقسيـــــم :

بعد هذا التمهيد الذي طال، نوزع الدراسة في هذا المطلب على ثلاثة فروع على النحو التالي:

---

(١) يستوى في هذا الشأن أن يكون هذا التصرف ناقلا للملك أو غير ذلك من التصرفات كالرهن مثلا. فحصة المتصرف، في الأجزاء المشتركة، تدخل، بقوة القانون، فيما يشمله التصرف، أيا كان هذا الأخير.

(٢) ويسلم الفقه المصري بهذا الحكم رغم عدم النص عليه صراحة في المادة/٨٥٦ مدني مصري. ويخرّجه على أساس من أن الحصة الشائعة في الأجزاء المشتركة تعتبر من ملحقات الجزء المفرز المتصرف فيه. أنظر مثلا محمود جمال الدين زكي بند/١٢١.

الفـرع الأول

تنظيم الانتفاع بالعقار المبنى والقيود

المفروضة على سلطات كل شريك فيما يملكه مفرزا

٥٣١ ـ يفـرض تعدد ملاك المبنى الواحد، في نظام ملكية الطبقات والشقق، ضرورة تنظيم الانتفاع به وإدارته، تنظيما يكفل مصلحة الجميع، ويحول دون طغيان بعضهم على بعض. وقد يقتضى هذا التنظيم فرض القيود، ليس فقط على الانتفاع بالأجزاء المشتركة وإنما أيضا على سلطات الملاك فيما يملكونه مفرزا. وليس في ذلك ثمة غرابة، فإذا كانت حرية المالك العادي في الانتفاع بملكه تتقيد ـ في القواعد العامة ـ بقيود لمصلحة جيرانه الذين لا يشاركونه بالفرض ذات المبنى، فأولى بمالك الطبقة أو الشقـة أن يراعي مصلحـة من يشـاركونه ذات المبنى من مالكي الطوابق أو الشقق الآخرين، فهم ـ إذا استعرنا وصف الأستاذ السنهوري ـ ألصق جيرانه[1]. وعليه ـ والحال كذلك ـ أن يقبل قيودا على حريته في الانتفاع بملكه، بل وفي التصرف فيه، قد تكون أشد صرامة[2].

تنظيم الانتفاع بالعقار (النظام الاتفاقي):

٥٣٢ ـ طبيعي أن يكون لملاك العقار (المقسم إلى طبقات أو شقق) أن يضعوا نظاما لضمان حسن الانتفاع به وإدارته، يتقيّد به الجميع.

وجعـل المشرع وضع هذا النظام من سلطة أغلبية خاصة هي من يملكون ثلاثة أرباع الأنصبة (م/٨٥٣ـ١) دون حاجة إلى إقرار المحكمة.

لكن، نظرا لأن الراغب في التملك قد يقبل ما يرد في النظام المعدّ من قبل، لشدة حرصه على التملك أو لعدم تقديره لمدى القيود الواردة في النظام على الملكية، ورغبة من

(١) أنظر السنهوري بند/٦٢٣.

(٢) في هذا المعنى: الصدة بند/١٧٢.

المشرع في تفادى ماقد يحدث من وضع قيود في النظام الاتفاقي على الملكية قد تفقدها الكثير من مزاياها، قررت الفقرة الثانية من المادة/٨٥٣ أنه «لا يجوز أن تفرض في النظام قيود على ملكية الأجزاء المفرزة أو المشتركة لا يبررها تخصيص هذه الأجزاء أو موقعها». وهو ما يعني أن كل قيد ليس له ما يبرره يعتبر كأن لم يكن. ولكل مالك، حتى ولو كان قد وافق على النظام، أن يطلب إلى القضاء اعتبار الشرط المتضمن هذا القيد باطلا.

القيود المفروضة على سلطات كل شريك فيما يملكه مفرزا:

٥٣٣ ـ ليس من شك ـ ابتداءً ـ في أن لكل شريك، فيما يتعلق بجزئه المفرز (طبقة أو شقة)، والفرض أنه يملكه ملكية تامة، حق استعماله واستغلاله والتصرف فيه، شأنه في ذلك شأن أي مالك.

وقد قررت المبدأ العام في حق كل شريك في التصرف فيما يملكه مفرزا، المادة/٨٥٤ حين قضت بأن «لكل مالك أن يتصرف في الجزء المفرز الذي يملكه...»[1].

٥٣٤ ـ وإطلاق النص على هذا النحو يفيد أن للمالك أن يتصرف في هذا الجزء، سواء كان التصرف معاوضة أو تبرعا. وله أن يتصرف لمن يشاء، سواء كان المتصرف إليه من الملاك الآخرين أو من غيرهم[2] وله أن يتصرف فيما يملكه كله تصرفا واحدا، كما له أن يجزيء الطبقة أو الشقة ويتصرف في جزء ويستبقى الجزء الآخر أو يتصرف فيه لغير المتصرف إليه الأول. وللمالك أن يتصرف تصرفا ناقلا للملك أو غير ذلك من التصرفات، كأن يرتب على ما يملك حق انتفاع أو يرهنه. وله أن يجري على الجزء الذي يملكه مفرزا التصرفات المادية التي يراها، كإقامة فواصل جديدة في الشقة لزيادة عدد حجراتها أو إزالة بعض الفواصل لتوسعة هذه الحجرات، مادام لا يترتب على هذه التغييرات التي يحدثها تهديد لسلامة المبنى أو مساس بمتانته أو تغيير في شكله أو مظهره الخارجي[3].

---

(١) ويلاحظ ما سبق أن أشرنا إليه من أن التصرف في الجزء المفرز يشمل، بقوة القانون، حصة المتصرف في الأجزاء الشائعة (م/٨٥٣).

(٢) على خلاف فيما إذا كان يجوز للشركاء الآخرين أن يشفعوا في هذا التصرف، إن كان بيعا، سبق عرضه، أنظر سابقا بند/١٢٦ وما بعده.

(٣) التزاما بما تقضي به المادة/٨٥٧ بوجه عام من أنه: «لا يجوز لأي مالك أن يقوم بعمل من شأنه أن يهدد سلامة البناء أو يغير في شكله أو مظهره الخارجي». وهو قيد عام يصدق على كل عمل سواء في الجزء الذي يملكه الشريك مفرزا، أو في الأجزاء المشتركة.

لكن، ليس ثمة ما يمنع الملاك من الاتفاق مقدما في النظام الذي يضعوه - لحسن الانتفاع بالمبنى وإدارته - على تقييد حرية المالك في التصرف، وذلك في الحدود التي يصح فيها مثل هذا الاتفاق وفقا للقواعد العامة ومع مراعاة حكم الفقرة الثانية من المادة/٨٥٣ سابقة الاشارة. فلهم أن يتفقوا - مثلا - على عدم جواز أن يقسّم أي منهم طبقته أو شقته إلى أجزاء يتصرف في كل جزء منها لشخص. والباعث على اتفاق مثل هذا واضح، وهو رغبتهم في الاحتفاظ بمستوى معين للمبنى والحدّ من عدد الأشخاص الذين ينتفعون به[1]. ونكون في هذه الحالة، بصدد حق ارتفاق مقرر على كل طابق أو شقة لمصلحة الطبقات أو الشقق الأخرى، فيخضع لأحكام حق الارتفاق.

٥٣٥ - أما فيما يتعلق بسلطة كل شريك في استعمال جزئه المفرز واستغلاله، فمن الطبيعي أن يقيدها المشرع، لأن إطلاقها قد يضر بحقوق الشركاء الآخرين، والفرض أن لهم بدورهم حقوقا مساوية لحقّه. لذلك تقيد المادة/ ٨٥٤ هذه السلطة بضرورة أن يكون استعمال المالك واستغلاله للجزء المفرز الذي يملكه «بما لا يتعارض مع التخصيص المتفق عليه أو مع ما أعد له». فعلى سبيل المثال، إذا كانت الشقة مخصصة للسكنى فلا يجوز للمالك أن يباشر فيها، هو أو من يستأجرها منه، تجارة أو حرفة.

ورغم عدم وجود نص صريح بهذه القيود في القانون المصري، فإن الفقه يسلم بأن مالك كل جزء مفرز «يتقيد في استعماله أو في استغلاله، بحقوق جيرانه المساوية لحقه، ولا يجوز أن يترتب على ممارسة حقوقه مضايقة لهم»[2]. وفي فرنسا، قضى - انطلاقا من نفس الفكرة - بإزالة مظلة أقامها ساكن الدور الأرضي لأنها حجبت الرؤية عن ساكن الدور الذي يعلوه[3].

---

(١) في هذا المعنى: السنهوري بند/٦٢٣.

(٢) محمود جمال الدين زكي بند/١١٩.

(٣) استئناف جرينوبل في ١٨٩٧/٦/٢٢، استئناف باريس في ١٩٦٠/٢/٩ مشار إليهما في محمود جمال الدين زكي بند/١١٩ هامش/٩.

الفــرع الثــاني

سلطات المالك على الأجزاء المشتركة

وأعبــاؤه فيهــا

سلطة المالك في استعمال الأجزاء المشتركة :

٥٣٦ ـ تتركز سلطات المالك على الأجزاء المشتركة في استعمال هذه الأجزاء. وحق كل مالك في هذا الاستعمال له وضوح البديهيات، فالفرض في هذه الأجزاء المشتركة أنها لازمة للانتفاع بالوحدات المملوكة مفرزة (طوابق كانت أو شققا)، وقد خصصت أصلا لخدمة هذه الوحدات.

وتطبيقا لذلك، يكون لمالك الشقة ـ مثلا أن يستعمل سلم المبنى، أو مصعده، وله أن يعلق على الحائط المشترك بينه وبين جاره الملاصق، من ناحية شقته، ما يشاء من المعلقات كالتابلوهات، وله أن يحفر في هذا الحائط ما يسمح بمد التوصيلات الكهربائية أو التليفونية أو غيرها مادامت هذه الأعمال لا تؤثر في متانة البناء.

٥٣٧ ـ إنما بالنظر لكون هذه الأجزاء ملكا على الشيوع للمالك ولجميع الشركاء، فإن سلطته في استعمالها تكون ولابد، مقيدة، قيودا من شأنها تمكين الملاك الآخرين من الانتفاع بذات هذه الأجزاء. وقد أجملت هذه القيود المادة/ ٨٥٥ حين قضت بأن: «لكل مالك، في سبيل الانتفاع بالجزء الذي يملكه مفرزا، أن يستعمل الأجزاء المشتركة فيما خصصت له، مع مراعاة حقوق غيره من الملاك».

وهكذا، يتعين، أولا، أن يكون استعمال المالك لجزء من الأجزاء المشتركة، في سبيل انتفاعه بما يملكه مفرزا، فلا يجوز له مثلا إذا اكتسب ملكية عقار ملاصق لشقته أو استأجره، أن يستعمل الأجزاء المشتركة في سبيل الانتفاع بهذا العقار الملاصق[1].

كما يتعين، ثانيا، أن يكون استعماله للأجزاء المشتركة، فيما خصصت له هذه

---

(١) في هذا المعنى: محمود جمال الدين زكي بند/ ١٢١ نقلا عن برنار.

الأجزاء. فلا يجوز له مثلا أن يستعمل المدخل أو الممرات أو السلم أو الفناء في عرض منتجاته أو بضائعه، حتى ولو كان الجزء الذي يملكه مفرزا مخصصا للتجارة[1].

ويتعين، أخيرا، أن يراعي في استعماله لهذه الأجزاء حقوق غيره من الملاك. فنظرا إلى أن لكل مالك ما لغيره من حق استعمال الأجزاء المشتركة فيجب ألا يكون من شأن استعمال أحدهم حرمان غيره من الاستعمال[2]، أو عرقلة هذا الاستعمال على نحو يجعل بعض الملاك أكثر انتفاعا من غيره، وإنما يجب تحقيق التوازن بين حقوق الجميع. فهو ليس يتقيد فقط بوجوب ألا يكون من شأن استعماله للأجزاء المشتركة أن يحول دون استعمال الآخرين[3]، وإنما التقيد المطلوب أكثر من ذلك، إذ يجب ألا يصل استعمال أي مالك للأجزاء المشتركة إلى حد فيه شيء من الطغيان على حقوق الآخرين وهي حقوق مساوية لحقه، حتى ولو لم يصل الأمر إلى حد الحيلولة دون استعمال الآخرين. وبناء على هذا القيد، إذا كان الاستعمال المشترك يمكن أن يتحقق للشركاء جميعا في وقت واحد دون تعارض إذا روعيت فيه درجة من العناية، فيجب على كل مالك أن يلتزم هذه الدرجة من العناية.

وإذا كان استعمال الجميع في وقت واحد متعذرا ويقتضي الأمر أن يتناوب الملاك في الاستعمال، كما هو الحال لو وجدت غرفة مشتركة لغسل الملابس، فيجب أن يتيح كل مالك لغيره فرصة متكافئة في الاستعمال على الوجه المألوف.

٥٣٨ ـ فإذا لم يراع المالك هذه القيود، يكون لأي مالك آخر أن يعترض على الاستعمال المخالف. ولا يستطيع المالك المخالف أن يتخلص من هذا الاعتراض بحجة أنه لم يعد على المعترض ضرر منه، «لأنه، بعمله، على كل حال، قد أخلّ بالتوازن الذي يجب قيامه بين ملاك البناء، وهدم التناسق الذي يجب أن يهيمن على

---

(١) إلا إذا كان هناك اتفاق على خلاف ذلك. أنظر المذكرة الإيضاحية تعليقا على المادة/ ٨٥٥.

(٢) فلا يجوز لمالك الطبقة مثلا أن يحفر سراديب تحت الأرض يحتكرها لنفسه، ولا يجوز لمالك الطابق الأعلى أن يبنى طابقا جديدا فوقه يستأثر بملكيته. في هذا المعنى السنهوري بند/ ٦٢٥، محمود جمال الدين زكي بند/ ١٢١. وهو يؤسس عدم الجواز، في الفرض الأول، على أن ملكية الارض وهي لجميع الملاك، إنما تشمل، إلى جانب ما فوقها، ما تحتها أيضا، إلى الحد المفيد في التمتع بها علوا أو عمقاً؛ كما يؤسس عدم الجواز في الفرض الثاني، على أساس من أن التعلية تعتبر تصرفا في الأجزاء الشائعة» وهي الأرض التي يقوم عليها البناء، والأساسات التي تحمل الطبقة الجديدة، والجدران الرئيسية التي ترتفع عليها، وطبقة الهواء التي تشغلها فوق البناء».

(٣) كما اقتصر المشرع المصري في المادة/٨٥٧ـ١.

علاقاتهم»[1].

مدى ما للمالك من سلطة في إحداث تعديلات في الأجزاء المشتركة :

٥٣٩ ـ بدهي أنه ليس للمالك سلطة التصرف القانوني في الأجزاء المشتركة، كأن يبيعها أو يؤجرها أو يرهنها. فهي ليست تخصه وحده حتى يمكنه أن يتصرف فيها بهذا المعنى.

وسلطته، حتى في التصرف المادي المتمثل في مجرد إحداث تغيير أو تعديل فيها، ليست سلطة مطلقة، وإنما هي سلطة مقيدة.

وقد عرضت لهذه السلطة، ونظمتها تنظيما من شأنه أن يوفّق بين مصلحة المالك الذي يرغب في إحداث التعديل أو التغيير من جهة، ومصالح غيره من الشركاء من جهة أخرى، المادة/٨٥٦، فنصت الفقرة الأولى منها على أنه:

«يجوز لكل مالك أن يحدث على نفقته تعديلا في الأجزاء المشتركة إذا كان من شأنه تحسين الانتفاع بتلك الأجزاء دون أن يغيّر من تخصيصها أو يلحق الضرر بالملاك الآخرين».

ويبين من هذا النص، أن سلطة المالك في إجراء تعديلات أو تغييرات في الأجزاء المشتركة مقيدة بأربعة قيود: الأول: أن يكون هذا التعديل أو التغيير على نفقته[2]. والثاني: أن يكون من شأن التعديل تحسين في استعمال الجزء أو الأجزاء التي يحدث فيها. والثالث: ألا يترتب على التعديل تغيير في تخصيص تلك الأجزاء. والرابع: ألا يترتب عليه ضرر لباقي الملاك.

وبناء على هذا: يجوز للشريك، مثلا أن يستبدل بأنابيب المياة الموجودة خارج شقته،

---

(١) محمود جمال الدين زكي بند/١٢١.

(٢) وفي تبرير هذا القيد، تقول المذكرة الايضاحية، أن الأصل وفقا للقواعد العامة، أن الشريك في الشيوع ليس له أن يحدث تعديلا في الشيء الشائع، وإنما يكون التعديل من سلطة الشركاء مجتمعين أو بموافقة الأغلبية. ولكن قد يرغب شريك في إجراء تعديل ما، يراه محققا لمصلحته، وفي الوقت نفسه لا يقبل الآخرون أو الأغلبية التي يعطيها القانون سلطة إجراء هذا التعديل، لا يقبلون إجراءه على نفقة الجميع. فإذا بلغت درجة حرص الشريك الراغب في إجراء التعديل إلى حد أن يقبل القيام به على نفقته وحده، ولم يكن من شأن إجراء هذا التعديل المساس بمصالح الشركاء الآخرين، فلا مبرر لحرمان الشريك الراغب في التعديل من إجرائه».

أنظر المذكرة الايضاحية تعليقا على المادة/٨٥٦.

وهي مشتركة، أنابيب أوسع حتى تصل المياه إلى شقته الموجودة في الأدوار العليا على نحو أفضل. أو أن يستبدل ببلاط مدخل المبنى نوعا أفضل يسهل تنظيفه... الخ.

٥٤٠ - إنما، إذا كان إجراء التعديل، بهذه القيود، من حق المالك، فهذا لا يعني أن له أن يباشر إجراء التعديل دون إذن. فنظرا لتعلق حق الشركاء الآخرين بالجزء المشترك الذي يراد إجراء التعديل فيه، ولتقدير ما إذا كانت الشروط التي يلزم توافرها لإجراء التعديل متحققة أم لا، نصت الفقرة الثانية من المادة/٨٥٦ على ضرورة حصول المالك الذي يرغب في إجراء التعديل، قبل إحداثه، على إذن أغلبية الملاك التي يدخل في سلطتها إجراء مثله، أي أنه يلزم موافقة من يملكون ثلاثة أرباع الحصص إن لم يوجد اتحاد للملاك، أو موافقة الجمعية العمومية لاتحاد الملاك بأغلبية أصوات جميع الأعضاء[1]. فإذا لم توافق الأغلبية على التصريح للمالك الذي يرغب في إحداث التعديل، كان له أن يطلب من المحكمة الإذن له بإجرائه.

قيد عام:

٥٤١ - نصت المادة/٨٥٧ على أنه: «لا يجوز لأي مالك أن يقوم بعمل من شأنه أن يهدد سلامة البناء أو يغيّر في شكله أو مظهره الخارجي». وهذا حكم عام، أو بالأدق قيد عام، يصدق على كل عمل، سواء في الأجزاء المشتركة أو الجزء الذي يملكه الشريك مفرزا.

وتطبيقا له، لا يجوز مثلا للشريك، كما يحدث عادة في الأسر محدودة الدخل، أن يقيم بسطح البناء حفل عرس يحشد إليه العديد من المدعوين بما قد يقوّضه. أو أن يضع في شقته أشياء ثقيلة الوزن إلى الحد الذي يزيد عن المعتاد ويهدد سلامة السقف، أو أن يضع في الجزء الذي يملكه آلات يترتب على تشغيلها ارتجاجات قوية تؤثر في هيكل البناء. ولا يجوز لصاحب الشقة طلاء الحوائط من الخارج أو طلاء النوافذ بألوان تتنافر مع المظهر الخارجي للبناء وتشوهه. إلى غير ذلك من الأمثلة.

أعباء المالك في الأجزاء المشتركة:

٥٤٢ - يفرض نظام ملكية الطبقات والشقق أعباء مالية يتعين أن يساهم في تحملها مالك كل طبقة أو شقة، فيما يمكن أن نصفها بالأعباء المشتركة.

---

(١) وفقا لما تقضي به المادة/٨٦٧ كما سيجيء.

وقد تتصل هذه الأعباء بالأجزاء المشتركة: كنفقات حفظ هذه الأجزاء وصيانتها وإدارتها وتجديدها. وقد يقتضيها توفير بعض الخدمات المشتركة: كنفقات تشغيل المصعد وإضاءة مدخل المبنى وسلمه، وأجر الحارس (البواب)... الخ.

وإذا كان مبدأ وجوب مساهمة جميع الملاك في تحمّل هذه الأعباء أمرا مسلما، إلا أن المشكلة الأساسية هي في كيفية توزيعها عليهم. بل ربما تكون هذه المسألة من أهم المسائل التي يثيرها نظام ملكية الطبقات والشقق، ليس فقط لأن هذه الأعباء قد تمثل في بعض الأحيان مبالغ كبيرة وإنما أيضا لتفاوت مقدار الانتفاع بالأجزاء، أو الخدمات، المشتركة، ما بين مالك وآخر.

٥٤٣ - ولقد كان القانون رقم/٣٩ لسنة ١٩٧٦[١]. مثله في ذلك مثل التقنين المدني المصري الحالي، وماكان عليه العمل في فرنسا أيضا حتى صدور قانون ١٠ يوليه ١٩٦٥، يحل هذه المشكلة على أساس من توزيع هذه الأعباء بحيث يتحمل كل مالك نصيبه فيها «بنسبة قيمة الجزء الذي له في الدار، ما لم يوجد اتفاق على غير ذلك»[٢].

وواضح أن توزيع الأعباء المشتركة كلها على هذا الأساس يتنافى مع العدالة بالنسبة لبعض هذه الأعباء. فليس من العدل مثلا أن يتساوى صاحب الشقة الموجودة في الدور الأرضي أو في دور من الأدوار المنخفضة، مع صاحب الشقة الموجودة في دور من الأدوار العليا، في تحمل نسبة من تكاليف تشغيل المصعد.

٥٤٤ - لذلك، أخذت المادة/٨٥٨ بحل مختلف، استوحته، مع شيء من التعديل، من نص المادة العاشرة من قانون ١٩٦٥ الفرنسي، فرّقت فيه بين نوعين من النفقات: الأول هو نفقات حفظ وصيانة وإدارة وتجديد الأجزاء المشتركة[٣]، وهذه توزع على الملاك بنسبة حصة كل منهم في هذه الأجزاء. والثاني، هو نفقات «الخدمات المشتركة التي تخص بعض الملاك أو يتفاوت الانتفاع بها تفاوتا واضحا»[٤] وهذه توزع «بنسبة ما يعود منها على كل طابق أو شقة من منفعة» (م/٨٥٨-٢)[٥].

---

(١) وهو كما أسلفنا كان أول تنظيم تشريعي لملكية الطبقات والشقق في الكويت.

(٢) المادة الخامسة من قانون ٣٩ لسنة/١٩٧٦ والمأخوذة عن المادة/ ٨٥٧ مدني مصري.

(٣) كنفقات نظافة الأفنية والمداخل والسلم وواجهة المبنى، وصيانة الأنابيب المشتركة، وأجور من يتولون الإدارة والحراسة... الخ.

(٤) ويدخل فيها نفقات تشغيل المصعد ونفقات سجاد السلم إن وجد... الخ.

(٥) «وكل ذلك مالم يتفق على خلافه» (م/٨٥٨-٣).

٥٤٥ ـ ولا يخفي أن التفرقة بين نوعي النفقات هذين ليست بالدرجة من الانضباط الذي يمنع التردد في اعتبار نفقة معينة من النوع الأول أو الثاني، كما لا يخفي أيضا أن توزيع النوع الثاني من النفقات على أساس نسبة ما يعود من الخدمات المشتركة من منفعة على كل طابق أو شقة حلّ ليس يخلو من الصعوبات العملية. ومع ذلك، اعتمد المشرع هذا الحل، حرصا منه على تحقيق العدالة بقدر الإمكان في مسألة هامة هي دائما محل الشكوى في الدول التي انتشر فيها نظام ملكية الطبقات والشقق.

٥٤٦ ـ وربما كان الأقرب للعدالة ـ في النوع الثاني من النفقات ـ أن تقاس المنفعة التي تعود على الملاك بالنظر إلى الانتفاع الفعلي الذي يراعي فيه أشخاص المنتفعين بالطابق أو الشقة. ولكن للتقليل من الصعوبات العملية التي تثور عند تطبيق مثل هذا الحل، جعل المشرع العبرة بالمنفعة التي تعود على الطبقة نفسها أو الشقة لا على مالكها، فيكون القياس على ضوء اعتبارات موضوعية يراعي فيها موقع الطابق أو الشقة، والحجم، والتخصيص، حتى لا يتأثر قياس المنفعة بأشخاص المنتفعين.

الفــرع الثـالث

إدارة الأجـــزاء المشتــركة

الإدارة باتحاد ملّاك، والإدارة بالنظام الاتفاقي:

٥٤٧ ـ تجيز المادة/ ٨٥٩ «للملاك بأغلبية الأنصبة أن يكونوا اتحادا لإدارة العقار وضمان حسن الانتفاع به»[١]، تكون له «شخصية اعتبارية من تاريخ شهر الاتفاق على تكوينه»[٢][٣].

٥٤٨ ـ فإذا لم يوجد هذا الاتحاد «تكون إدارة الأجزاء المشتركة وفقا لما يتم الاتفاق عليه في النظام المشار إليه في المادة/٨٥٣[٤] والقواعد العامة في إدارة *الملكية الشائعة*» (م/ ٨٦٠-١)[٥].

٥٤٩ ـ ويجوز لاتحاد الملاك ـ بما له من شخصية مستقلة ـ «أن يمتلك طبقة أو شقة أو أكثر ملكية مفرزة[٦]، ويكون له أن يتصرف فيها (م/ ٨٦١). ويكون مركزه، بوصفه مالكا ملكية مفرزة لجزء من المبنى، كمركز أي مالك لطبقة أو شقة، فيما عدا أنه لا يتمتع، بسبب ملكيته هذه، بأصوات في *الجمعية العمومية*» (م/ ٨٦١-٢)[٧].

٥٥٠ ـ ويعتبر اتحاد الملاك، بمقتضى صريح المادة/ ٨٦٢ «حارسا على الأجزاء

---

(١) فتكوين الاتحاد جوازي لا وجوبي.

(٢) «وينظم شهر اتحاد الملاك بقرار يصدر من وزير العدل» (م/ ٨٥٩-٣).

(٣) وترى المذكرة الإيضاحية ـ بحق ـ أن اتحاد الملاك يفقد أهم دواعي وجوده إذا لم يعترف له بالشخصية، أنظر المذكرة الإيضاحية تعليقا على المادة/ ٨٥٩.

(٤) وهي ـ كما سبق أن تناولناها ـ تقضي بأن: «١ ـ للملاك بأغلبية ثلاثة أرباع الأنصبة أن يضعوا نظاما لضمان حسن الانتفاع بالعقار وإدارته. ٢ ـ ولا يجوز أن تفرض في النظام قيود على ملكية الأجزاء المفرزة أو المشتركة لا يبررها تخصيص هذه الأجزاء أو موقعها» أنظر: سابقا بند/ ٥٣٢.

(٥) أنظر سابقا بند/ ٤٢٤ وما بعده.

(٦) يتملكها لغرض من الأغراض، كأن يخصصها لمكاتب الإدارة، أو يستغلها ويخصص إيرادها لتغطية بعض النفقات المشتركة.

(٧) ويبرر حرمانه من التوصيت في الجمعية العمومية أنه برغم استقلال شخصيته عن أشخاص الملاك إلا أنه ليس له مصالح مستقلة عن مصالحهم. أنظر المذكرة الايضاحية تعليقا على المادة/ ٨٦١-٢.

المشتركة[1]، ويكون مسئولا بهذه الصفة عن الأضرار التي تلحق الملاك أو الغير، دون إخلال بحقه في الرجوع على غيره وفقا للقانون». كحقه في الرجوع على المهندس والمقاول عندما يكون الضرر ناشئا عن عيب في البناء[2].

كيفية تسيير شئون اتحاد الملاك:

٥٥١ ـ يقوم على تسيير شئون الاتحاد: الجمعية العمومية، ومدير الاتحاد، ومجلس الإدارة إن وجد. وتخضع هذه الأجهزة لأحكام المواد من ٨٦١ ـ ٨٧٤ من التقنين المدني، إضافة إلى الأحكام الواردة في اللائحة العامة لإدارة ملكية الطبقات والشقق الصادرة ـ تنفيذا للفقرة الثانية من المادة/ ٨٦٠ مدني ـ بمرسوم ٢٤ يناير ١٩٨١.

ونوجز ـ فيما يلي ـ ما نص عليه التقنين المدني في هذا الشأن. أما ما ورد في اللائحة المشار إليها من الأحكام التفصيلية الكثيرة فلن نعرض منه إلا لما نراه ضروريا.

أ ـ الجمعية العمومية:

٥٥٢ ـ وهي المعبرة عن إرادة الاتحاد والتي تصدر القرارات التي تنسب إليه.

وتتكون الجمعية العمومية «من جميع الملاك» (م/٨٦٣ـ١)، فلا يجوز الاتفاق على استبعاد أحد الملاك من عضويتها[3]. «وإذا تعدد الأشخاص الذين يملكون معا طبقة أو شقة، فيعتبرون فيما يتعلق بعضوية الجمعية مالكا واحدا، وعليهم أن يوكّلوا من يمثلهم فيها، فإذا لم يتفقوا، فللمحكمة بناء على طلب أحدهم أو على طلب مدير الاتحاد أن تعيّن من يمثلهم» (م/٨٦٣ ـ ٢).

٥٥٣ ـ وتجتمع الجمعية العمومية للاتحاد مرة على الأقل كل سنة (م/١ من اللائحة). ويجب على مدير الاتحاد أن يدعوها للاجتماع إذا طلب منه ذلك رئيس مجلس إدارة الاتحاد إن وجد أو عدد من الملاك لهم على الأقل ربع الأصوات فيها (م/٢ـ١ من اللائحة). ولا يكون الاجتماع صحيحا إلا إذا حضره عدد من الملاك لهم أكثر من

---

(١) فلا تكون حاجة ـ بعد هذا النص ـ إلى إثبات انتقال الحراسة إليه من الملاك.

(٢) راجع في هذا الشأن: محمد شكري سرور: مسئولية مهندسي ومقاولي البناء والمنشآت الثابتة الأخرى، دراسة مقارنة في القانون المدني المصري والقانون المدني الفرنسي ـ الناشر دار الفكر العربي بالقاهرة ١٩٨٥ (نال هذا المؤلف جائزة الدولة في القانون المدني).

(٣) راجع في مبرر ذلك، المذكرة الايضاحية تعليقا على المادة/٨٦٣ـ١.

نصف عدد أصوات جميع الملاك، فإذا لم يتوافر هذا العدد، وجهت الدعوة إلى إجتماع ثان يكون صحيحا مهما كان عدد الحاضرين (م/٦ من اللائحة).

٥٥٤ ـ ويكون «١ ـ لكل مالك عدد من الأصوات في الجمعية العمومية يتناسب مع حصته في الأجزاء المشتركة.

١ ـ ومع ذلك، فإذا كانت حصة المالك تزيد على النصف، أنقص عدد ماله من أصوات إلى ما يساوي مجموع أصوات باقي الملاك» (م/٨٦٤). وقد أريد بهذا الحكم، الحد من سيطرة واحد من الملاك على قرارات الجمعية العمومية بحكم مقدار ما يملك في البناء. وتطبيقا لذلك: فإذا افترضنا أن عدد الأصوات جميعا، على أساس حصص الملاك هو ١٠٠، وكان أحد الشركاء يملك ٦٠٪ من الحصص، فلا يكون له إلا ٤٠ صوتا، ولباقي الملاك ٤٠ صوتا، ويجري التصويت على أساس أن مجموع الأصوات ٨٠ صوتا فقط بدلا من مائة صوت.

٥٥٥ ـ «١ ـ ويجوز للمالك أن يوكل غيره في حضور اجتماعات الجمعية العمومية والتصويت فيها.

٢ ـ ولا يجوز لشخص واحد أن يكون وكيلا عن أكثر من مالك[١]، كما لا يجوز لمن له عدد من الأصوات مساو لأصوات باقي الأعضاء أن يكون وكيلا عن غيره.

٣ ـ ولا يجوز لمدير الاتحاد ولا لأحد من معاونيه ولا لأزواجهم أن يكونوا وكلاء عن الملاك[٢] (م/٨٦٥).

٥٥٦ ـ وتندرج قرارات الجمعية العمومية في ثلاث طوائف تتفاوت من حيث درجة خطورتها تفاوتا ينعكس ـ بدوره ـ على مقدار الأغلبية التي يلزم توافرها في كل طائفة:

ـ فالأصل أن تصدر قرارات الجمعية العمومية بالأغلبية المطلقة «مادام أن القانون لا ينص على غير ذلك (م/٨٦٦). وبهذه الأغلبية تتخذ القرارات الخاصة بالإدارة المعتادة[٣].

ـ «وتصدر قرارات الجمعية العمومية بأغلبية أصوات جميع الأعضاء (من حضر منهم الاجتماع ومن لم يحضر)، في شأن:

---

(١) عملا على تحقيق أكبر قدر ممكن من الجدية لمداولات الجمعية العمومية.

(٢) لأن مدير الاتحاد هو الذي يتولى تنفيذ قرارات الجمعية، وهو الذي يعرض عليها كثيرا من الموضوعات، وغالبا ما يكون له رأي خاص بصفته مديرا.

(٣) مثل صيانة العقار وعمل الإصلاحات اللازمة، والموافقة على الحسابات التي يقدمها المدير.

أ ـ التفويض في اتخاذ قرار من القرارات التي تكفي للموافقة عليها أغلبية أصوات الحاضرين[1].

ب ـ تعيين أو عزل مدير الاتحاد أو أعضاء مجلس الإدارة.

جـ ـ التصريح لأحد الملاك بإحداث تعديل في الأجزاء المشتركة وفقا لنص المادة/٨٥٦.

د ـ تعديل نسب توزيع النفقات المنصوص عليها في الفقرة الثانية من المادة/٨٥٨[2] إذا أصبح هذا التعديل ضروريا بسبب تغيير تخصيص بعض الطبقات أو الشقق[3].

هـ ـ شروط تنفيذ الأعمال التي تفرضها القوانين أو اللوائح[4].

و ـ الشروط التي يتم بها التصرف في الأجزاء المشتركة إذا أصبح هذا التصرف واجبا تفرضه القوانين أو اللوائح[5].

ز ـ تجديد البناء في حالة الهلاك كليا أو جزئيا وتوزيع نفقاته على الملاك «(م/٨٦٧). وقد حرص المشرع على أن ينص صراحة، على أن ما قد يستحق بسبب هلاك البناء، كليا أو جزئيا، مثل مبلغ التأمين أو التعويض الذي يدفعه المسئول عن الهلاك، يخصص لأعمال التجديد ما لم يجمع الملاك على غير ذلك (م/٨٦٨).

ـ وتصدر قرارات الجمعية العمومية بأغلبية ثلاثة أرباع أصوات جميع الأعضاء في شأن:

أ ـ وضع نظام للملكية لضمان حسن الانتفاع بالعقار وإدارته أو تعديله.

ب ـ إحداث تعديل أو تغيير أو إضافة في الأجزاء المشتركة إذا كان من شأن ذلك تحسين الانتفاع بها في حدود ما خصص له العقار[6]. وعلى الجمعية في هذه الحالة أن تقرر بنفس الأغلبية توزيع نفقات ما قررته من أعمال وكذلك نفقات تشغيل وصيانة ما

---

(١) كما لو فوضت الجمعية مجلس الإدارة، إن وجد، في الموافقة على ما يقدمه المدير من حسابات.

(٢) وهي النفقات التي توزع بنسبة ما يعود منها على كل طابق أو شقة من منفعة. *انظر سابقا بند/٥٤٤.*

(٣) كأن تكون الشقة مثلا مخصصة للسكنى ثم يتغير تخصيصها إلى مكتب تجاري أو للمحاماة، الأمر الذي يستوجب إعادة النظر في تحديد ما يخصها من نفقات المصعد.

(٤) كما لو فرضت احتياطات معينة للأمن من الحريق أو لاعتبارات صحية.

(٥) كما لو اقتضى تطبيق لوائح التنظيم تعديل حدود الأملاك وضم قطعة من فناء المبنى إلى ملك آخر.

(٦) وقد روعي في تطلب هذه الأغلبية في هذه الحالة، أننا بصدد تغيير في الوضع القائم الذي ارتضاه جميع الملاك.

استحدث[1].

جـ ـ التصرفات العقارية التي من شأنها كسب أو نقل أو ترتيب حق من الحقوق العينية بالنسبة للأجزاء المشتركة غير المنصوص عليها في المادة/٨٦٧ (و)[2].

د ـ تملك الاتحاد جزءا من الأجزاء المفرزة، والتصرف فيها يملكه من هذه الأجزاء.

ـ و «تصدر قرارات الجمعية العمومية بإجماع أصوات الأعضاء، في شأن:

أ ـ التصرف في جزء من الأجزاء المشتركة إذا كان الاحتفاظ بهذا الجزء ضروريا للانتفاع بالعقار وفقا للتخصيص المتفق عليه[3].

ب ـ إنشاء طبقات أو شقق جديدة بغرض تمليكها ملكية مفرزة» (م/ ٨٧٠)[4].

مدير الاتحـــاد:

٥٥٧ ـ أن يكـون للاتحـاد مدير، يختص بالأعـمال التنفيذية، أمـر لاشـك في ضرورته، في ظل تنظيم جماعي لملكية الطبقات والشقق.

ويعيّن المدير بقرار من الجمعية العمومية، بأغلبية أصوات جميع أعضاء الاتحاد[5]. ويجوز أن يكون المدير من بين الملاك كما يجوز أن يكون من غيرهم. ويكون تعيينه لمدة لا تزيد على سنتين قابلة للتجديد (م/ ٨٧١ـ١).

ويجوز أن يكون مدير الاتحاد شخصا طبيعيا أو شخصا اعتبارياً، ما لم ينص في النظام الاتفاقي للملكية على خلاف ذلك (م/ ١٠ من اللائحة).

فإذا فرض بسبب ما، أن الجمعية لم تعين مديرا، لعدم عرض الموضوع عليها مثلا

---

(١) «ولا يجوز لأي مالك أن يمنع أو يعطل تنفيذ ما قررته الجمعية ولو اقتضى هذا التنفيذ القيام بأعمال داخل طبقته أو شقته. ولمن يلحقه ضرر بسبب تنفيذ الأعمال التي قررتها الجمعية الحق في مطالبة الاتحاد بالتعويض» (م/ ٨٦٩ ـ ب).

(٢) كما لو أريد بيع جزء من فناء المنزل أو رهنه ضمانا لدين على الاتحاد. وكذلك شراء قطعة أرض مجاورة لالحاقها بفناء المنزل.

(٣) فبرغم ضرورة هذه الأجزاء للانتفاع بالعقار وفقا للتخصيص المتفق عليه مما يجعل التصرف في شيء منها بقرار من الأغلبية أمرا غير مقبول، فليس ثمة ما يمنع الملاك جميعا من أن يقرروا التصرف والاستغناء عن الخدمة التي كان يؤديها الجزء المتصرف فيه. كما لو قرروا بيع الجزء من الأرض المخصص لوقوف السيارات.

(٤) ذلك أن مثل هذا القرار يؤدي إلى تغيير أساسي في المبنى وفي حقوق وواجبات الملاك.

(٥) مادة/٨٦٧.

أو لعدم توافر الأغلبية اللازمة لتعيين المدير، بما قد يؤدي إلى الإضرار بمصالح الملاك «كان لكل مالك أن يطلب من محكمة الأمور المستعجلة تعيين مدير مؤقت للاتحاد» (م/٨٧١-٢).

٥٥٨ ـ والمدير هو الذي يمثّل الاتحاد أمام المحاكم والجهات الإدارية وفي التعامل مع الغير (م/٨٧٢).

٥٥٩ ـ وله أن يقوم بالأعمال التي تدخل في وظيفته بنفسه أو بمن يمثله من تابعيه (م/١٢ من اللائحة).

ويتولى المدير «تنفيذ نظام الملكية[1][2] وقرارات الجمعية العمومية وحفظ الأجزاء المشتركة[3] ، وذلك بالإضافة إلى ما يتقرر له من اختصاصات أخرى وفقا للقانون» (م/٨٧٣).

٥٦٠ ـ ويجب على المدير أن يعد ويحفظ السجلات والأوراق المتعلقة بالعقار. وقد بينت المادة/١٤ من اللائحة بعض هذه السجلات والأوراق الواجب إعدادها وحفظها على وجه الخصوص، فنحيل إليها[4].

كما يجب عليه أن يودع أموال الاتحاد في حساب باسم الاتحاد في البنك الذي يعينه النظام الاتفاقي للملكية أو قرار الجمعية العمومية (م/١٥ من اللائحة).

ويجوز لكل عضو في الاتحاد أن يطلع في مكتب المدير على السجلات والمستندات والمراسلات وكافة الأوراق المتعلقة بإدارة العقار. وعلى المدير، إذا أخطره العضو برغبته في الاطلاع، أن يمكنه من ذلك (م/١٧ من اللائحة).

مجلس إدارة الاتحاد:

٥٦١ ـ كثيرا ما جرى العمل على أن يتفق الملاك على تكوين مجلس للإدارة. وقد أثبتت التجربة فائدة وجود مثل هذا المجلس وبخاصة في البنايات الكبيرة.

---

(١) وهو نظام الملكية الاتفاقي، سابق الإشارة إليه، والمنصوص عليه بالمادة/٨٥٣ أنظر سابقا بند/٥٣٢.

(٢) وهو ما يقتضي منه الإشراف على قيام كل مالك بواجباته الواردة في النظام مثل استعمال الأجزاء المشتركة فيما أعدت له، والوفاء بالتزامه بنصيب في النفقات المشتركة، واستعمال الجزء المفرز الذي يملكه فيما خصص له، إلى غير ذلك من الواجبات.

(٣) سواء كان الحفظ ماديا أو قانونيا.

(٤) أنظر المادة/١٤ من اللائحة.

وقد قنّن المشرع هذا التوجه، فنص في المادة/٨٧٤ على أنه: «يجوز إنشاء مجلس لإدارة الاتحاد، لمساعدة المدير والرقابة على أعماله، وإبداء الرأي للجمعية فيما يراه والقيام بما تكلفه به».

ويبين من هذا النص، أن تقرير إنشاء مجلس للإدارة أمر جوازي، لا وجوبي، فقد لا تبدو منه فائدة في بعض الحالات، كما هو الشأن مثلا في الأبنية الصغيرة. ووظيفته استشارية أصلا، فهو لا يملك اتخاذ قرارات ملزمة.

فله ـ إعمالا لغرضه الأول وهو مساعدة المدير ـ أن يقدم رأيه لهذا الأخير في كافة الأعمال التي يختص بها، إما من تلقاء نفسه أو بناء على طلب المدير، مثل إبداء الرأى في العقود التي يزمع المدير إبرامها مع الغير كمقاول أو محام.

وله ـ إعمالا ـ للغرض الثاني وهو الرقابة على أعمال المدير ـ أن يراجع كافة الأوراق المتعلقة بأعمال هذا الأخير وبخاصة دفاتر الحسابات.

وله أن يبدي رأيه للجمعية العمومية في أي أمر يرى فيه مصلحة، مثل ملاءمة عمل إصلاح معين أو عدم ملاءمته.

وعليه أن يقوم بما تكلفه به الجمهية العمومية من أعمال، وقد يكون من بينها اتخاذ قرارات ملزمة بخصوص بعض الأمور التي تدخل أصلا في اختصاصها، فيكون المجلس عندئذ مفوضا من الجمعية[1]، وذلك مثل تفويض المجلس اعتماد الحسابات التي يقدمها المدير.

٥٦٢ ـ أما عن كيفية إنشاء المجلس فقد ترد الأحكام الخاصة بها في نظام الملكية الاتفاقي. فإذا لم يوجد هذا النظام أصلا، أو وجد ولم ينص فيه على إنشاء مجلس للإدارة «يجوز للجمعية العمومية بأغلبية أصوات جميع الأعضاء أن تقرر إنشاء المجلس». (م/٨٧٤-٢).

٥٦٣ ـ وسواء تقرر إنشاء مجلس الإدارة ـ إذا تقرر ـ بنص في *النظام الاتفاقي* أو بقرار من الجمعية العمومية «فيجب أن يشكّل من عدد من الملاك أو من يمثلهم لا يقل عن ثلاثة، ولمدة لا تزيد على ثلاث سنوات» (م/١٨ من اللائحة). «ولا يجوز أن يكون مدير الاتحاد أو أحد تابعيه أو أزواجهم أعضاء في مجلس إدارة الاتحاد» (م/١٩ من اللائحة).

---

(١) إعمالا لنص المادة/٨٦٧ فقرة/أ سابق الاشارة إليه. أنظر سابقا بند/٥٥٦.

تـــم بعـــون الله

قائمـــة المختصـــرات

TABLE DES ABREVIATIONS

Ass. Plé	:	Cour de Cassation (Assemblée Plénière)
Bull	:	Bulletin des arrêts de la Chambre civile.
Cass.	:	Cour de Cassation
Civ.	:	Civil
Cons. Etat	:	Conseil d'Etat
Crim.	:	Cour de Cassation (Chambre Criminelle)
Concl.	:	Conclusion
D.	:	Dalloz
D.C.	:	Dalloz Critique
Dr.	:	Droit
Ed.	:	Edition
Ency.	:	Encyclopédie
et. S.	:	et Suivant
G.P.	:	Gazette du Palais
-i.r.-	:	- Information rapide -
J.C.P.	:	Juris-Classeur Périodique (Samaine Juridique)
Journ. des not. et avocats	:	Journal des notaires et avocats.
No.	:	Numéro
Obs.	:	Observations
P.	:	Page
- Pan -	:	- Panorma -
Rec. gén. Lois. et Juris.	:	Recueil géneral des Lois et jurisprudence.
Rép.	:	Répertoire
Req.	:	Cour de Cassation (Chambre des requêtes)
Rev. Crit	:	Revue Critique
R.T.	:	Revue Trimestrielle de droit civil.
S	:	Sirey
- Somm -	:	- Sommaire -
T.G.I.	:	Tribunal de Grand Instance
Tr.	:	Tribunal
Vol.	:	Volume

يقصد بـــ:

- المحاماة: مجلة المحاماة التي تصدرها نقابة المحامين المصرية.
- خلف: قضـاء النقض في الملكية في خمسـة وخمسين عاما لـ: السيد خلف محمد المستشار بالنقض ط/ ١٩٨٩.
- مجموعة عمر: مجموعة القواعد القانونية التي قررتها محكمة النقض المصرية للسيد/ محمود عمر.
- نقض: محكمة النقض المصرية.

قائمــة المــراجع

أولا : بالعربية

ابراهيم الدسوقي أبو الليل :

* التكييف القانوني للشفعة، مجلة المحامي السنة/١٢ يونية ١٩٨٩ .
* الحقوق العينية الأصلية، ج/١ (أحكام الملكية) مطبوعات جامعة الكويت ١٩٩٠.
* الحقوق العينية الأصلية (أسباب كسب الملكية) مطبوعات جامعة الكويت ١٩٩١.

أحمد سلامــه

الملكية الفردية في القانون المصري ط/١٩٧٠ .

إسماعيل غانم

الحقوق العينية الأصلية ج/١ (حق الملكية) ط/١٩٥٩ .

أنور طلبه

الوسيط في القانون المدني ج/٣ ١٩٨٨ (دار الفكر العربي).

توفيق فرج :

الحقوق العينية الأصلية (بدون سنة نشر)

جميل الشرقاوي

* نظرية بطلان التصرف القانوني رسالة القاهرة ١٩٥٣ .
* دروس في الحقوق العينية الأصلية (الكتاب/١ في حق الملكية) ط/١٩٧١ .

حامد فهمي

تأثير قانون التسجيل على قضايا الشفعة مجلة المحاماة السنة/٥ .

حسام الدين كامل الأهواني

التأمينات العينية في القانون المدني الكويتي. مذكرات (على الاستنسل) حقوق الكويت ١٩٨٥ .

شفيق شحاتة

النظرية العامة للحق العيني ، ط/١٩٥١ .

شمس الدين الوكيل

نظرية التأمينات في القانون المدني ط/٢ (منشأة المعارف بالاسكندرية) ١٩٥٩ .

صليب سامي

الشفعة وقانون التسجيل. مجلة المحاماة ، السنة/٨.

عبد الرزاق أحمد السنهوري

الوسيط في شرح القانون المدني ج/٨ (حق الملكية)، ج/٩ (أسباب كسب الملكية).

عبد العزيز عامر

حق الملكية ، ط/١٩٦٧.

عبد الفتاح عبد الباقي

دروس ـ الأموال، ط/١٩٥٦ .

عبد المنعم البدراوي

حق الملكية (الملكية بوجه عام وأسباب كسبها) ط/١٩٧٣ .

عبد المنعم فرج الصده

الحقوق العينية الأصلية (دراسة في القانون اللبناني والقانون المصري) ط/١٩٨٢ .

محمد أنيس شتا:

أملاك الدولة العامة وأملاك الدولة الخاصة ومناط وأهمية التفرقة بينهما. مجلة إدارة الفتوى والتشريع السنة/٧ العدد/٧، ١٩٨٧ الصفحات من ٩ ـ ٣١.

محمد شكري سرور

* دروس في حق الملكية ، محاضرات (على الآلة الكاتبة) لطلبة كلية الحقوق فرع جامعة القاهرة بالخرطوم ٧٥ ـ ١٩٧٦ .
* سقوط الحق في الضمان (دراسة في عقد التأمين البري) دار الفكر العربي ط/٧٩ ـ ١٩٨٠.
* موجز الأحكام العامة للالتزام في القانون المدني المصري. دار الفكر العربي ط/٨٤ ـ ١٩٨٥.

* مسئولية مهندسي ومقاولي البناء والمنشآت الثابتة الأخرى (دراسة مقارنة في القانون المدني المصري والقانون المدني الفرنسي). دار الفكر العربي ١٩٨٥ (نال هذا المؤلف جائزة الدولة في القانون المدني).
* موجز أصول الإثبات في المواد المدنية والتجارية (الناشر دار الفكر العربي ـ القاهرة ط/١٩٨٦.
* النظرية العامة للحق الناشر: دار النهضة العربية ـ القاهرة ـ ط/١٩٩٠.
* النظرية العامة للقانون ، الناشر دار الفكر العربي القاهرة (بدون سنة نشر).
* شرح أحكام عقد البيع دار النهضة العربية القاهرة ١٩٩١.
* تأملات في بعض متناقضات التشريعات الكويتية مجلة الحقوق السنة/١٧ العدد ١، ٢ مارس ـ يونية ١٩٩٣ ص١١١-١٢٩.

محمد علي حنبولة

الوظيفة الاجتماعية للملكية الخاصة، رسالة دكتوراه (حقوق عين شمس) ١٩٧٣.

محمد علي عرفه

شرح القانون المدني الجديد ج/١ (حق الملكية) ط/١٩٥٤، جـ/٢ (أسباب كسب الملكية) ط/١٩٥٥.

محمد علي عمران

الحقوق العينية الأصلية ط/١٩٩٠.

محمد كامل مرسي

الحقوق العينية الأصلية ج/١ (الأموال والحقوق ـ حق الملكية بوجه عام) ط/٢ ١٩٥١ ج/٣ (أسباب كسب الملكية: الاستيلاء ـ والالتصاق ـ والشفعة) ط/١٩٤٩.

محمد لبيب شنب

موجز في الحقوق العينية الأصلية (بدون سنة نشر)

محمود جمال الدين زكي

الوجيز في الحقوق العينية الأصلية ط/١٩٧٨

مصطفى الجمال

نظام الملكية ، ط/١٩٨٥.

منصور مصطفى منصور
* التأمينات العينية، القاهرة ١٩٦٣ .
* حق الملكية في القانون المدني المصري ط/١٩٦٥ .

ثانيا: بالفرنسية

A - Ouvrages généraux et Spéciaux

ATIAS (Christien):

Droit Civil, (les biens), 2éd, (LITEC), 1991.

BANDRAC (M):

La Nature juridique de la prescription extinctive en matière civile, Paris, éd. (Economica) 1986.

BATIFFOL (H):

Problèmes contemporaines de la notion de biens (Archives de philosophie de droit), 1979, To. 24.

BERAUD et DEBEAURAIN:

Mitoyenneté, clôture, bornage, servitudes, Paris, 1981.

BONNECASE:

Précis de droit civil To. 3, 1935.

BUFELAN - LANORE (Y):

Droit Civil, 3 éd, 1977.

CARBONNIER (Jean):

Droit Civil, To 1, Paris, 1971; T0, 3, 13 éd, 1990.

CHABAS (F) In: MAZEAUD (H.L.J.):

Leçons de droit clcvil, To. 2, Vol. 2, (Biens), 7 éd. 1989. (Montchrestien).

DABIN (Jean):

Le droit subjectif, Paris, 1952.

DELHAY (Fr):

La nature juridique de l'indivision, Paris, L.G.D.J., 1968.

FAVOREAU (L) et PHILIP (L):

Les grandes décisions de Conseil Constitutionnel, Paris (Sirey). 4 éd, 1986.

HENRIOT et ROSSILLON:

Les servitudes de droit privé et de droit public, Paris, 1966.

IONASCO:

La copropriété d'un bien, Paris, 1930.

ISSELÉ et LANNERÉE:

Servitudes, mitoyenneté, bornage, clôture., Paris, 1974.

JOSSERAND (L):

Cours de droit civil positif français, To. 1, 3 éd, 1938.

RAYNAUD (P) in : MARTY (G.F.) et RAYNAUD:

Droit Civil (les biens), 2 éd, (Sirey), 1980.

VAN BRIERULET:

Cours de droit civil, 1921.

WEILL (A) et TERRÉ (F) et SIMLER (Ph):

Droit Civil, (les biens), 3 éd, (Dalloz), 1985.

(B) Thèses

FOURNIER (J):

Le juste titre en droit français moderne, Thèse Caen, 1942.

JACQUEY:

De l'invention des trésores, Thèse Lille, 1912.

MALABARD:

La notion d'épave., Thèse, Paris, 1939.

RADULESCO:

La notion et les éléments constitufits de la possession en législation, Thèse, Paris, 1923.

SAINT - ALARY:

La Détention (notion et portée d'application en droit français), Thèse Montpellier, 1941.

VOUIN (R):

La bonne foi, Thèse Bordeaux, 1939.

C – Articles

BLAISE:

Responsabilité et obligations coutumières dans les rapports de voisinage, R.T. 1965, P. 261.

CATALA:

La transformation du patrimoine dans le droit civil moderne, R.T. 1966, P. 185.

DE VAREILLES -SOMMIERS:

De la copropriété, Rev. Crit,. 1907.

DURAND (P):

Droits des copropriétaires sur les biens indivis, Rev. Crit., 1935 - 14.

LARCHER (E):

À quí appartiennent le bail, les constructions élévées sur le terrain d'autruit?, Rev. Crit., 1955.

RAISON (A):

Clauses d'inaliénabilité contenues dans les donation et testaments. Journ. des not. et evocats, 1971 - 932.

RODIERE:

Possession, Ency. D., 2 éd, No. 80.

SAINT - ALARY (R):

* Accession., Ency. D. Rép. de Dr. Civil.
* Les Constructions, plantations et ouvrages faits par le preneur sur les lieux loués, R.T. 1947.

VIATTE (J):

Les clauses d'inaliénabilité dans les donations et les testaments. Rec. gén. Lois et Juris. 1971 - 477.

VINCENT:

Les propriétés collectives, l'indivision, et l'effet déclaratif *du partage* Rev. Crit. 1932 - 284.

D – Notes de Jurisprudence

A.B.:

* Note sous Civ. 18/6/1970, D. 1970 - 561
* Note sous Civ. 16/6/1971, D. 1971-566.

AUBERT:

* Note sous Lyon, 23/12/1980, D. 1983-605.
* Note sous Civ. 31/1/1984., D. 1984-396.

AZARD:

Note sous Civ. 11/5/1966, D. 1966-753.

BECQUÉ:

Note sous Paris, 16/3/1949, J.C.P. 1949-2-4960.

BREDIN:

* Obs. sous Civ. 13/1/1965, R.T. 1965-678.
* Obs. sous Civ. 2/2/1965, R.T. 1965-676.
* Obs. sous Civ. 15/2/1965, R.T. 1965-677.
* Obs. sous Civ. 6/4/1965, R.T. 1965-629.
* Obs. sous Civ. 15/2/1968, R.T. 1968-740.
* Obs. sous Crim., 31/10/1969. R.T. 1970-196.
* Obs. sous Civ. 18/6/1970, R.T. 1972-797.
* Obs. sous Civ. 23/6/1972, R.T. 1973-147.

CABALLERO:

Note sous Civ. 3/11/1977, D. 1978-434.

CABANAC (J):

Note sous Cass,. 23/6/1972, G.P. 1977-2-5.

CARBONNIER:

Note sous Paris, 9/11/1948, J.C.P. 1949-2-4976.

CHAVEGRIN:

Note sous Tr. Civ. Seine, 15/11/1927, S. 1928-2-137.

DAGOT:

Note sous T.G.I., Cherbourg, 13/2/1974, J.C.P. 1974-2- 17861.

DEFRÉNOIS (Jacques):

Note sous Civ. 19/10/1965, D. 1966-245.

DENIS:

Note sous Civ. 9/11/1976, D. 1977-561.

E.R.:

Note sous Req. 16/1/1923, D. 1923-1-177.

ESMEIN:

Note sous Civ. 22/10/1964, J.C.P. 1965-2-14288.

GHESTIN:

Note sous Civ. 13/11/1970, J.C.P. 1972-2-17077.

GIVERDON:

* Obs sous Civ. 2/12/1975, R.T. 1977-154.
* Obs sous Civ. 1/6/1977, R.T. 1978-161.

GOUBEAUX:

* Note sous Crim. 31/10/1969, J.C.P. 1970-2-16333.
* Note sous Civ. 8/5/1973, J.C.P. 1973-2-17566.

GOUBEAUX et JEGOUZO:

Note sous Cass. 23/6/1972, J.C.P., 1973-2-17331.

KEHRIG:

Note sous Crim., 24/11/1977, D. 1978-42.

LALOU:

* Note D. 1933-2-109.
* Note D. 1944-173.
* Note D. 1951-456.

L.M.:

* Note sous Crim. 7/7/1944, J.C.P. 1947-2-3410.

LAMARQUE et AGOSTINI:

Note D. 1976-221.

L. C.:

Note sous T.G.I., Bressuire 1/6/1976, G.P. 1977-1-297.

LINDON:

* Note sous Civ., 4/2/1971, J.C.P. 1971-2-16781.
* Note sous Civ. 23/6/1972, D. 1972-705.

MAZEAUD (J):

Note sous Paris, 13/12/1960, J.C.P., 1961-2-11937.

MODERNE:

Obs. sous Cons. Etat, 30/10/1981, D. 1982-i.r.-113.

MORAND:

Note sous Paris, 2/5/1983, G.P. 1983-2-457.

MOURGEON:

Note sous Civ. 3/1/1969, J.C.P. 1969-2-15920.

MOUROCQ:

Note sous Civ. 27/4/1979, J.C.P. 1980-2-19408.

NAST:

* Note sous Tr., Civ., Seine 15/11/1927, D. 1928-2-8.
* Note sous Paris, 6/3/1931, D. 1931-2-88.

PATARIN:

* Obs sous Civ. 20/7/1982, R.T., 1983-376.
* Obs. sous Civ., 20/1/1985, R.T.., 1986-620.

PLANCQUEEL (A):

Note S. 1956 - 185.

R.A. :

Note sous Crim., 7/7/1944, J.C.P. 1947-2-3410.

RAYMOND:

Note sous Civ., 22/10/1964, D. 1965-344.

RIPERT:

* Note sous Civ. 10/2/1907, D. 1907-1-385.
* Note sous Tr. Civ., Seine 1/6/1949, D. 1949-350.

ROBERT:

* Note sous Civ., 3/11/1981, D. 1983-i.r.-369.
* Obs. sous Paris., 19/12/1986, D 1988-Somm-13.
* Note sous Paris., 7/4/1987, D. 1988-Somm-15.

SOLUS:

* Obs. sous Tr. de Valencienne 1/12/1943, R.T., 1944-215.
* Obs. sous Paris., 8/11/1946, R.T. 1947-71.
* Obs. sous Tr. Civ. Besançon, 25/4/1955, R.T. 1955-681.

THUILLIER:

* Note sous Civ., 18/6/1970, J.C.P. *1972-2-15165*.
* Note sous Civ. 8/1/1975, J.C.P., 1976-2-18240.

TISSIER:

Note sous Civ., 16/3/1903, S. 1905-1-513.

TUNC:

Note sous Paris, 10/6/1953, D. 1954-9.

VOIRIN:

Note sous Tr. Civ. Guadeloupe 20/3/1936, D. 1937-2-7.

VOUIN (J.F):

Note sous T.G.I., Cherbourg 13/2/1974, D. 1975-30.

WIEDERKEHR:

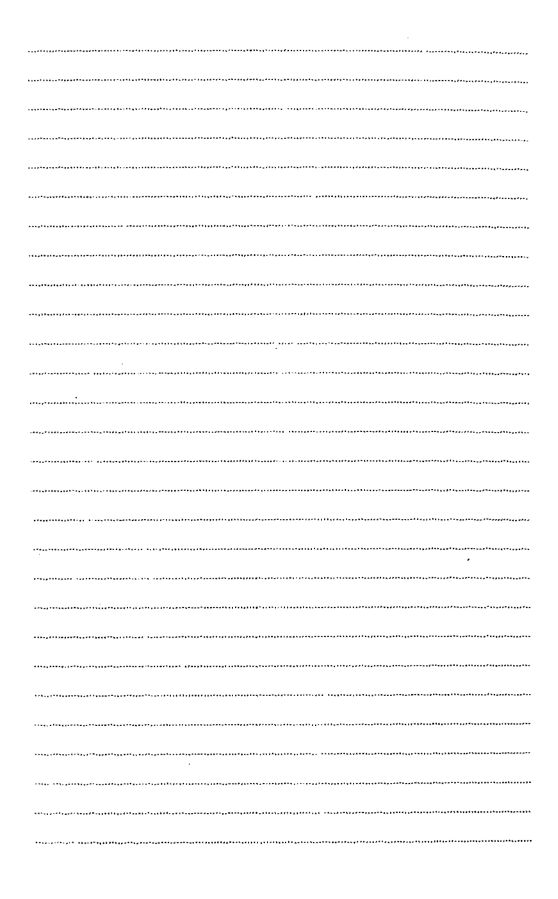
Note sous Colmar, 13/1/1966, J.C.P., 1967-2-14971.

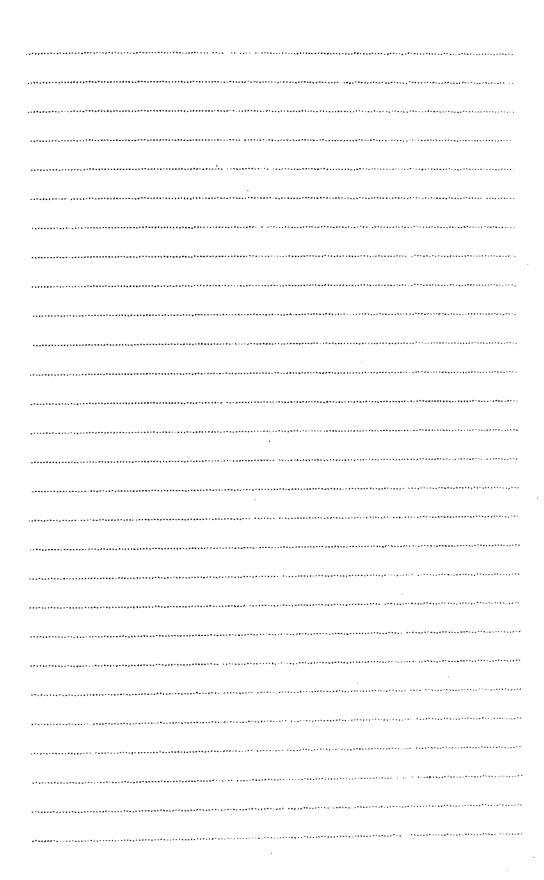
للمؤلف

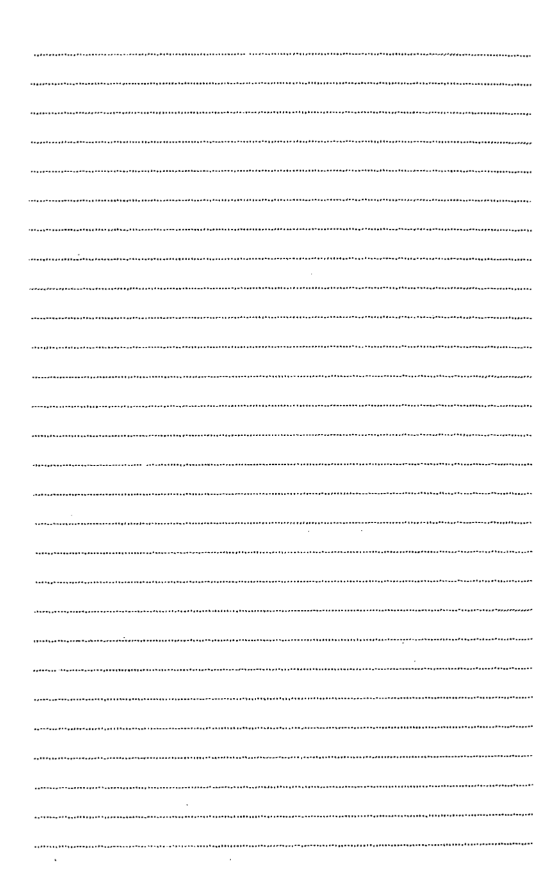
١ ـ نظام الزواج في الشرائع اليهودية والمسيحية ط/ ٧٩ (الناشر دار الفكر العربي)	٣٧٥ صفحة
٢ ـ النظرية العامة للحق ط/ ٧٩ دار الفكر العربي	٣٣٦ صفحة
٣ ـ سقوط الحق في الضمان (دارسة في عقد التأمين البريّ) ط/ ٨٠ دار الفكر العربي	٢٩٦ صفحة
٤ ـ الصورية بطريق التوسط (دارسة لفكرة تسخير الأشخاص في المعاملات القانونية). ط/ ٨١ دار الفكر العربي	١١٧ صفحة
٥ ـ مسئولية المنتج عن الأضرار التي تسببها منتجاته الخطرة ط/ ٨٣ دار الفكر العربي	١٠٩ صفحة
٦ ـ مشكلة تعويض الضرر الذي يسببه شخص غير محدد ط/ ٨٣ دار الفكر العربي	١٦٠ صفحة
٧ ـ الأحكام العامة للالتزام (في القانون المدني المصري) ط/ ٨٤ دار الفكر العربي	٣٨٣ صفحة
٨ ـ مسئولية مهندسي ومقاولي البناء والمنشآت الثابتة الأخرى (دراسة مقارنة في القانون المدني المصري والفرنسي) ط/ ٨٥ دار الفكر العربي ـ (نال هذا المؤلف جائزة الدولة في القانون المدني)	٥٢٤ صفحة
٩ ـ موجز أصول الاثبات في المواد المدنية والتجارية ط/٨٦ دار الفكر العربي	٢٠٠ صفحة
١٠ ـ التأمين ضد الأخطار التكنولوجية ط/ ٨٦ دار الفكر العربي	١٩٦ صفحة
١١ ـ محاولة لتأصيل أحكام الكفالة العينية (دراسة مقارنة) ط/ ٨٦ دار الفكر العربي	١٠٩ صفحة

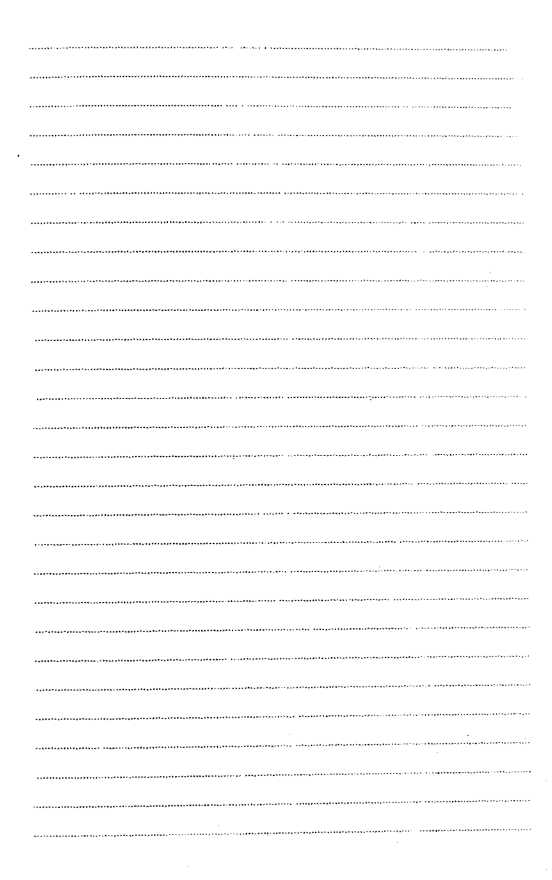
١٢ ـ النظرية العامة للقانون ٣٨٤ صفحة
دار الفكر العربي
١٣ ـ شرح أحكام عقد البيع ٣٨٤ صفحة
ط/٩١ دار النهضة العربية
١٤ ـ شرح أحكام عقد التأمين ٢٦٢ صفحة
ط/ ٩١ دار النهضة العربية
١٥ ـ La responsabilité civil de constructeurs
بحث بالفرنسية منشور بباريس في:
Travaux de l'association Henri CAPITANT.
Tome XL 11 1991 (ouvrage publié avec le
concours du CNRS. pp 71 et s.
١٦ ـ تأملات في بعض متناقضات التشريعات الكويتية بحث منشور بمجلة الحقوق (التي تصدرها جامعة الكويت)، السنة/١٧، العدد/١، ٢ ـ ١٩٩٣ ـ ص من ١١١ ـ ١٢٩
١٧ ـ شرح قانون الإثبات في المواد المدنية والتجارية الكويتي ٢٦٠ صفحة
مطبوعات لجنة التأليف والترجمة والنشر.
١٨ ـ موجز أحكام عقد البيع الدولي للبضائع (وفقا لاتفاقية فيينا ١٩٨٠). مجلة الحقوق السنة/١٨ العدد/٣ ـ ١٩٩٤ الصفحات من ١١٧ ـ ١٦٧

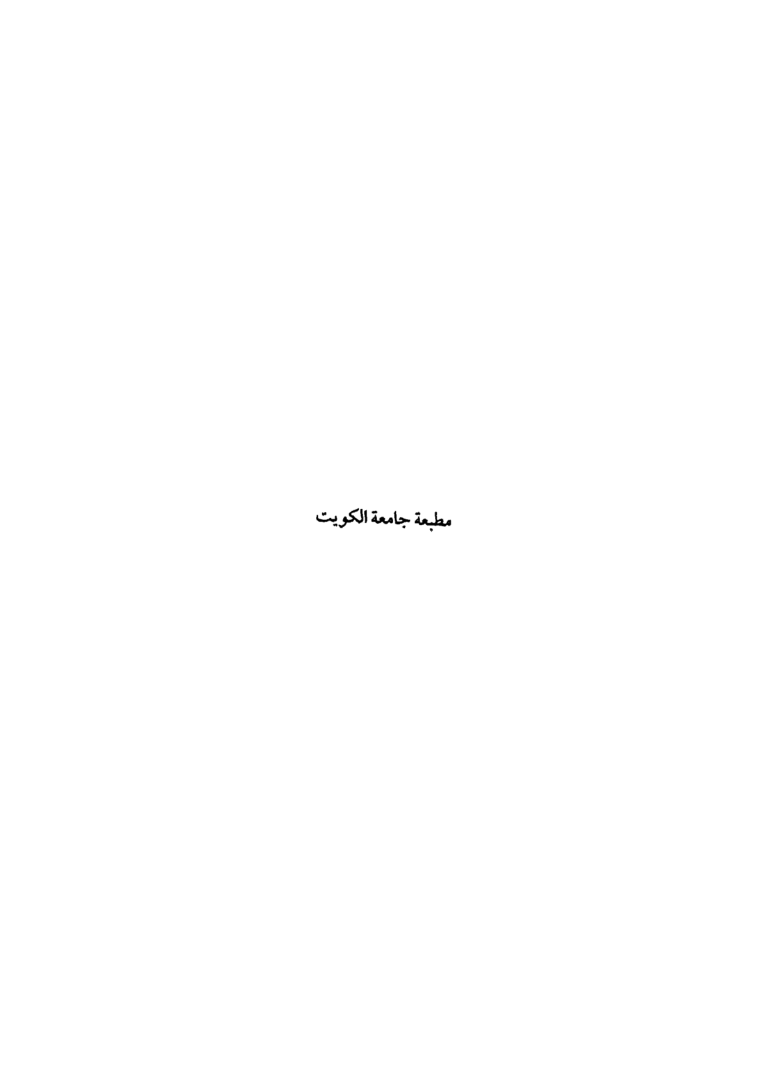
فهــرس










مطبعة جامعة الكويت

